



**CENTRO UNIVERSITÁRIO UNIVATES  
CURSO DE DIREITO**

**DISSOLUÇÃO DO VÍNCULO CONJUGAL: UMA ANÁLISE SOBRE O  
(DES)CABIMENTO DA MENÇÃO DE CULPA COMO CAUSA DA  
RUPTURA DA RELAÇÃO ENTRE CÔNJUGES**

**Maitê Cândida Becker**

**Lajeado, junho de 2009**

CENTRO UNIVERSITÁRIO UNIVATES  
CURSO DE DIREITO

**DISSOLUÇÃO DO VÍNCULO CONJUGAL: UMA ANÁLISE SOBRE O  
(DES)CABIMENTO DA MENÇÃO DE CULPA NA CAUSA DA RUPTURA  
DA RELAÇÃO ENTRE CÔNJUGES**

Maitê Cândida Becker

Monografia apresentada na disciplina de Trabalho de Conclusão de Curso II, do Curso de Direito, como exigência parcial para a obtenção do título de Bacharel em Direito.

Orientadora: Bianca Corbellini Bertani

Lajeado, junho de 2009

## AGRADECIMENTOS

Agradeço a Deus, por tudo que sempre me deu;

À minha família por todo o apoio e dedicação;

Aos meus amigos, pelo companheirismo e momentos de descontração;

Aos mestres e, em particular, à professora Bianca Corbellini Bertani;

E, em especial, a Daniel Rutsatz, que com seu brilhantismo sempre me apoiou.

## RESUMO

O presente trabalho de conclusão de curso tem como principal objetivo investigar se cabe a menção de culpa no processo de separação judicial e se esta pode trazer consequências jurídicas posteriores às partes envolvidas na dissolução. Será feita análise da evolução histórica da legislação brasileira no âmbito do Direito de Família, especialmente no que tange à família, ao casamento, à separação judicial e às causas da dissolução matrimonial. Serão abordadas as formas de dissolução do vínculo conjugal e suas características no Código Civil de 2002. Por fim, será apresentado o entendimento doutrinário e jurisprudencial acerca do (des)cabimento da arguição de culpa na separação judicial, analisando a existência de possíveis consequências jurídicas.

Palavras-chave: Família. Casamento. Vínculo. Dissolução. Separação. Divórcio. Culpa.

## SUMÁRIO

<b>1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS.....</b>	<b>6</b>
<b>2 A EVOLUÇÃO HISTÓRICA E LEGISLATIVA DAS QUESTÕES FAMILIARES.....</b>	<b>8</b>
2.1 A função da família.....	8
2.2 A evolução histórica e legislativa da família.....	10
2.3 Análise da família.....	14
2.3.1 Do princípio da afetividade.....	15
2.4 O Código Civil de 1916.....	16
2.5 O Estatuto da Mulher Casada.....	19
2.6 A Lei nº 6.515, de 26 de dezembro de 1977 - Lei do Divórcio.....	20
2.7 As características das Constituições brasileiras até a CF de 1988.....	23
2.8 O Código Civil de 2002 e suas características.....	27
<b>3 CASAMENTO E FORMAS DE DISSOLUÇÃO DO VÍNCULO CONJUGAL.....</b>	<b>30</b>
3.1 O casamento.....	30
3.1.1 Espécies de casamento.....	34
3.1.2 Capacidade, impedimentos e habilitação para o casamento.....	36

<b>3.1.3 Validade e eficácia do casamento.....</b>	<b>40</b>
<b>3.1.4 Celebração e registro.....</b>	<b>41</b>
<b>3.1.5 Direito e deveres dos cônjuges.....</b>	<b>42</b>
<b>3.2 Morte de um dos cônjuges.....</b>	<b>42</b>
<b>3.3 Separação judicial ou extrajudicial.....</b>	<b>43</b>
<b>3.3.1 Separação por mútuo consentimento ou consensual.....</b>	<b>44</b>
<b>3.3.2 Separação litigiosa – modalidades.....</b>	<b>46</b>
<b>3.4 Divórcio.....</b>	<b>49</b>
<b>4 A (DES)NECESSIDADE DA ARGUIÇÃO DE CULPA COMO CAUSA NA SEPARAÇÃO JUDICIAL E NO DIVÓRCIO.....</b>	<b>52</b>
<b>4.1 O pensamento doutrinário dominante.....</b>	<b>52</b>
<b>4.2 O entendimento jurisprudencial.....</b>	<b>56</b>
<b>5 CONSIDERAÇÕES FINAIS.....</b>	<b>59</b>
<b>REFERÊNCIAS.....</b>	<b>62</b>

## 1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS

A presente monografia tem como título "A SEPARAÇÃO JUDICIAL: UMA ANÁLISE SOBRE O (DES)CABIMENTO DA MENÇÃO DE CULPA COMO CAUSA DA RUPTURA DA RELAÇÃO ENTRE CÔNJUGES". Ao enfatizar a natureza do trabalho, busca-se compreender as características fundamentais inerentes à família, sua evolução histórica e legislativa, o casamento, sua constituição e dissolução e, finalmente, a possibilidade ou cabimento da arguição de culpa quando da ocorrência dessa dissolução. Pretende-se, pois, não somente a análise acerca da dissolução do vínculo conjugal em si, mas, sobretudo, chegar-se a uma conclusão precisa a respeito do cabimento do instituto da culpa como causa da separação judicial no ordenamento jurídico pátrio e o respectivo posicionamento doutrinário e jurisprudencial.

O casamento, atualmente, é instituto com menor credibilidade e duração em relação ao que representava no tempo pretérito. Como a ruptura dessas relações tornou-se cada vez mais habitual, deve o ordenamento jurídico acompanhar tais transformações sociais, a fim de dar guarida legal às partes.

O Código Civil de 2002 trouxe diversos avanços à legislação, avanços estes que, em princípio, já eram esperados, uma vez que a sociedade anseia que a lei acompanhe suas constantes transformações. Especialmente em relação ao Direito de Família, tem-

se que muitos dispositivos do Código Civil, de maior relevo ao caso, estão a merecer um exame mais acurado.

O Código Civil de 1916 elencava um vasto rol de atos praticados pelos cônjuges que poderiam fundamentar a separação judicial pelo outro, com alicerce na culpa. Com a entrada em vigência do Código Civil em 2002, muitas mudanças foram introduzidas, sendo que tal instituto, contudo, manteve-se incólume.

Assim, frente à divergência existente no que tange à discussão referente ao cabimento ou não da arguição de culpa na separação judicial, é que se analisa de forma crítica a legislação atual em detrimento da anterior, o pensamento doutrinário e o entendimento jurisprudencial, a fim de verificar se há alguma consequência jurídica posterior às partes envolvidas na relação.

Dessa forma, caberá ao presente trabalho, analisar a evolução histórica da legislação brasileira do Direito de Família, especialmente no que tange ao casamento, à separação judicial e às causas da dissolução matrimonial, com a imputação de culpa. De igual, identificar as formas de dissolução do vínculo conjugal e suas características no Código Civil hodierno.

Por derradeiro, quiçá mais importante, questionar o (des)cabimento da arguição de culpa na separação judicial, analisando a existência de possíveis consequências jurídicas, notadamente no âmbito patrimonial e pessoal.

O presente trabalho de conclusão de curso será realizado a partir de ampla pesquisa bibliográfica, incluindo principalmente doutrina brasileira a respeito do direito de família, artigos jurídicos e jurisprudência.



## **2 A EVOLUÇÃO HISTÓRICA E LEGISLATIVA DAS QUESTÕES FAMILIARES**

Inicialmente, as normas e princípios familistas eram demasiadamente conservadores, calcando-se sobre relações estreitas e prevendo apenas determinadas situações fáticas e jurídicas nos vínculos familiares. Como os princípios e os costumes são importantes fontes do direito, estes se refletem nas normas, e estas por sua vez não abriam um vasto leque de possibilidades jurídicas e fáticas como se vê atualmente.

Para que se possa entender o comportamento da sociedade hodierna, seja nas relações afetivas que cada cidadão mantém com o seu próximo, ou dentro de sua família, seja para entender o limite de avanço da lei, faz-se mister estudar a evolução histórica do conceito de família.

### **2.1 A função da família**

Além do conceito de família, do Direito de Família como ciência, e da inserção destes no contexto histórico, não se olvidando as características das relações humanas em cada época, é mister que se entenda também a função da família em um âmbito geral.

Nesse sentido, Groeninga (2008) ensina que a função da família é essencialmente a de manter-se como instituição estruturante do indivíduo, tendo como finalidade propiciar o desenvolvimento, no ser humano, de sua capacidade de pensamento, em sintonia com os sentimentos. É na família que se forma a personalidade, em seus aspectos físicos e psíquicos, como a vontade, a emoção e a inteligência. Destaca a autora que:

O papel dado à subjetividade e à afetividade tem sido crescente no Direito de Família, que não mais pode excluir de suas considerações a qualidade dos vínculos existentes entre os membros de uma família, de forma que possa buscar a necessária objetividade na subjetividade inerente às relações. Cada vez mais se dá importância ao afeto nas considerações das relações familiares (Groeninga, 2008, p. 28).

De outro vértice, mas não se distanciando da ideia anteriormente exposta, Lôbo (2009) leciona que sempre se atribuiu à família, ao longo da história, funções variadas, de acordo com a evolução que esta sofreu, a saber, religiosa, política, econômica e procriacional. Em tempos idos, continha em si funções religiosas e políticas, que praticamente não mais são vislumbradas na família atual, mantendo apenas interesse histórico, na medida em que a rígida estrutura hierárquica foi substituída pela coordenação e comunhão de interesse e de vida.

Assim, deve perdurar a ideia de que a função da família, hodiernamente, é a de manter-se como instituição que insere no indivíduo suas características iniciais de conduta, tendo como finalidade, também, de propiciar o desenvolvimento, no indivíduo, de sua capacidade de pensamento, em sintonia com os sentimentos e com a sociedade constituída no período histórico em que vive.

## **2.2 A evolução histórica e legislativa da família**

Paralelamente à ideia de família sob o prisma fático-social, verifica-se a concepção desta à luz do Direito e a sua evolução legislativa.

Segundo Lôbo (2009), o Direito de Família é o conjunto de regras que disciplinam os direitos pessoais e patrimoniais das relações familiares. Já para Rizzardo

(2007), esta ciência específica vai muito além da consideração sobre família, eis que envolve o conjunto de normas e princípios que tratam do casamento, de sua validade e efeitos, das relações entre pais e filhos e do vínculo de parentesco, dentre outros.

Para a exata compreensão da matéria, notadamente do contexto desta evolução legislativa, sob todas as suas nuances, inarredável fazer uma análise desse desde os primórdios.

Nem sempre procurou o homem estabelecer vínculos com o seu semelhante. Dias (2008) enfoca que na Antiguidade não havia a ideia de fidelidade, vínculo e família, momento em que era comum o acasalamento, o qual tinha como finalidade apenas a perpetuação da espécie humana. Com o passar dos tempos e a conseqüente evolução da sociedade e das relações entre os seres humanos, vínculos surgiram.

Por óbvio, a família não existiu desde sempre nos moldes vistos hodiernamente. Na literalidade de Groeninga (2008), a evolução da família geralmente é estudada a partir da era dos romanos, em decorrência da origem do Direito, possibilitando, dessa forma, uma análise acerca dos costumes, dos primórdios e da evolução da codificação até os dias atuais.

Com efeito, os poderes que eram conferidos à Igreja, ao Estado, à economia, às ideologias, e, inclusive ao Direito, influenciaram e, dadas as respectivas adequações cronológicas, continuam influenciando o conceito de família em suas características mais diversas.

No Direito Romano, a entidade familiar interligava-se na política, economia e religião, na qual todos eram igualmente chefiados por um senhor que detinha o poder patriarcal e hierarquizado. Segundo Engels (1997), para os romanos, *famulus* designava o escravo do lar, ou seja, a família era o aglomerado de escravos submetidos ao mesmo dono ou chefe, estando nesse patamar os filhos, esposa e os trabalhadores escravizados.

Na era românica, a família era calcada sobre ideais de subsistência e mútua dependência. Conforme se extrai das lições de Gomes (2002), a família romana era o

*locus* da atividade produtiva, no qual seus integrantes produziam praticamente tudo o que seria necessário ao consumo do respectivo grupo familiar. Ensina o autor que:

O papel da família consiste, nesta perspectiva, no exercício da atividade produtiva, inconfundível. O grupo familiar produzia tudo quanto consumia. A casa era o centro da produção doméstica, da qual participavam todos os membros. Dessa função básica resultavam determinadas condições sociais e a execução de certas funções institucionais sob chefia autocrática, como a proteção, a assistência, a educação e aprendizado da prole (Gomes, 2002, p.17).

Outras não são as ideias trazidas por Wald (2002). Para este doutrinador, a família romana surgiu como unidade econômica, política, cultural e religiosa, constituindo a viga mestra da sociedade e, por conseguinte, do próprio Estado.

Ainda no âmbito do Direito Romano, Venosa (2003) aduz que a família tinha em seu patriarca a figura da autoridade máxima, que detinha totais poderes, notadamente os de sacerdote, de legislador, de juiz e de proprietário. Exercia o chefe do núcleo familiar, inclusive, o poder de punição dos demais membros do grupo, ou seja, o *jus puniendi*.

O parentesco da família romana caracterizava-se essencialmente pela figura masculina, por sua linhagem. Cumpre ressaltar, que até mesmo o culto doméstico dos antepassados volvia-se à figura (masculina) dos patriarcas. Posteriormente, o vínculo sanguíneo passou a ser considerado e, como consequência, o parentesco por afinidade.

Tal situação veio a se alterar tão-somente no período imperial, no qual os poderes irrestritos do patriarca foram limitados pelo Estado, sendo outorgado à mãe a substituição ao pai e a permanência da prole sob sua égide.

Ainda reportando-se ao Direito Romano, que em muito serve de supedâneo ao ordenamento jurídico e a sociedade vigentes, importante lembrar que nesse era permitido o divórcio, fato deveras contestado e repudiado pela Igreja Católica à época (situação esta que não se alterou nos dias atuais). A Igreja Católica, na Idade Média, refutava essa prática, somente considerando válido o casamento religioso e indissolúvel.

Quanto a isso, Wald (2002) leciona que o Concílio de Trento, ditou regras ainda mais severas para o casamento, dando amplos e exclusivos poderes aos membros da Igreja para a celebração e declaração de nulidade dessa união. Esse Concílio foi a resposta da Igreja Católica ao Estado, na disputa dessas duas entidades pela competência para legislar acerca do casamento.

Em decorrência dessa disputa de poderes entre Estado e Igreja, e pela insatisfação de minorias não-católicas, a França admitiu, em 1767 o casamento civil, surgindo dessa forma autoridades civis e religiosas aptas a realizar as celebrações matrimoniais.

Já no Brasil, tem-se que, em 1889, com a Proclamação da República e a completa cisão das instituições estatais e clericais, fora reconhecido o casamento civil, por meio do Decreto nº 181, de 24 de janeiro de 1890.

Fazendo um panorama histórico, Grisard Filho (2007) ensina que, a partir do direito clássico, o norte da economia deixa de ser a família e passa a ser o indivíduo e o culto doméstico é absorvido pela religião do Estado. Segundo o autor, nesse momento a família perde seu exclusivismo e adquire feições novas, identificando-se, em parte, com a família moderna.

Em relação às transformações ocorridas durante o século XX no Brasil, sob a ótica evolutiva, Grisard Filho (2007) refere que:

As transformações operadas na sociedade brasileira durante o século XX repercutiram enormemente nas relações jurídicas de Direito de Família. De um período extremamente conservador e autoritário no que se refere à família tradicional, elitizada, hierarquizada e matrimonializada – datado do início do século XX – até o estágio contemporâneo da família plural, democrática, humanizada e funcionalizada ao atendimento e à proteção da dignidade das pessoas dos seus integrantes, foram inúmeros os acontecimentos que motivaram alterações jurídicas no quadro das relações familiares. O Direito de Família se apresenta como reflexo de vários fenômenos que repercutem em determinadas regras e princípios outrora considerados verdadeiros cânones absolutos e indiscutíveis (Grisard Filho, 2007, p. 73).

Lôbo (2009), a seu turno, não se distanciando da ideia antes colacionada, explica que a família sofreu profundas mudanças de função, natureza, composição e, conseqüentemente, de concepção, sobretudo após o advento do Estado social, ao

longo do século XX. No plano constitucional, o Estado, que outrora mostrava-se ausente e omissor, passou a tutelar determinadas relações, ampliando o rol de interesses protegidos e o âmbito da respectiva proteção.

No que concerne à família e à tutela do Direito sobre ela, Barbosa (2008) afirma, com propriedade, que:

[...] é preciso dizer que a família não só é anterior como transcende a ótica que o Direito tem dela. Em função dessa visão, várias configurações de famílias ficaram à margem do Direito que, atualmente, busca muito mais formas de inclusão do que de exclusão (Barbosa, 2008, p. 19).

Conclui-se, deste modo, que o acompanhamento das mudanças observadas pela sociedade em cada período histórico, respeitados os costumes desta como um todo e conferido o resguardo legal aos cidadãos, trouxe como corolário as acentuadas transformações visualizadas no presente item no conceito de família e do direito a ela referente.

A compreensão do que se pretende expor passa, de igual molde, pela função da família ao sujeito, concebido este em sua individualidade, e à sociedade, acerca do que se discorrerá doravante.

### **2.3 Análise da família**

A palavra família, oriunda do latim *famulia*, significa o conjunto de pessoas que se encontram sob o jugo de um mesmo *pater familias*.

A família é considerada o núcleo fundamental dentre os elementos que constituem a(s) sociedade(s), existindo de formas variadas em todos os períodos históricos, de maneira a acompanhar as transformações ocorridas ao longo dos séculos.

É a família a entidade responsável por orientar e encaminhar os indivíduos que a compõem ao convívio social, neles implantando noções basilares de conduta para fins de oportunizar sua inserção e interação com o seio da sociedade.

Bem expressa a ideia que se pretende projetar a teoria esposada por Gama (2006), para o qual o conceito de família é relativo, podendo ser alterado continuamente, de acordo com o ponto de referência da pessoa na sociedade, observado o momento histórico e o sistema normativo em vigor. Para o autor, a família é uma realidade, um fato natural, uma criação da natureza, não sendo resultante de uma criação do homem.

Cada família, observado o período histórico a qual pertencia, organizou sua própria estrutura, tendo em vista aspectos religiosos, políticos, culturais, ideológicos, dentre outros.

Segundo esse lastro argumentativo, Dias (2006) ensina que a família é uma construção social organizada através de regras culturalmente elaboradas que estabelecem modelos de comportamento.

Não se pode descurar que o conceito de família (e esta em si), deve ser compreendido, como sempre o foi, na sua totalidade e interação de seus membros. Nesse sentido, Groeninga (2008) conceitua a família como um sistema, sendo que o todo da família é maior do que a soma das partes, dos membros que a compõem, estando seus elementos em constante interação e tendo a função de mantê-los em uma relação de interdependência. Deste modo, em conformidade com os ensinamentos da citada autora, o que ocorre com um elemento afeta, em graus diferentes, de acordo com a intensidade da relação de assimetria e dependência, aos demais.

Ainda, há uma análise feita acerca do conceito de família ao lume da sociologia, que entende a família como sendo a relação privada em que se tecem as ligações particulares entre seus diferentes membros, por meio das práticas individuais.

De acordo com Groeninga (2008), cada família tem sua configuração original, observados os laços afetivos, econômicos, a repartição de deveres, de responsabilidades e de poderes entre seus componentes.

### 2.3.1 Do princípio da afetividade

Importante, para a exata compreensão da matéria, tecer breves apontamentos acerca do princípio da afetividade.

De acordo com Lôbo (2009), o princípio da afetividade trata-se daquele que fundamenta o Direito de Família no que diz respeito às relações socioafetivas e à comunhão de vida. Este princípio é resultante da evolução da família brasileira e teve consagração na CF/1988 e reflexos na doutrina e na jurisprudência pátrias.

Nesse sentido, destaca o autor que a família recuperou a sua função de ser um grupo unido por desejos e laços afetivos em comunhão de vida. Anota-se, na literalidade deste doutrinador:

O princípio jurídico da afetividade faz despontar a igualdade entre irmãos biológicos e adotivos e o respeito a seus direitos fundamentais, além do forte sentimento de solidariedade recíproca, que não pode ser perturbada pelo prevalecimento de interesses patrimoniais. É o salto à frente da pessoa humana nas relações familiares (Lôbo, 2009, p. 48).

Especialmente na CF/1988 o princípio da afetividade resta patente no tratamento igualitário dos filhos, na adoção, na comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes e na convivência familiar.

Madaleno (2007), ao relacionar o princípio em comento à construção psicológica da prole, aduz que:

O amor que molda a estrutura psíquica da prole é construído no cotidiano dos relacionamentos, e é particularmente favorecido pela unidade afetiva dos pais, sabendo-se que a separação gera para os filhos dolorosas mudanças com a repentina perda do convívio na mesma habitação; isto quando os próprios irmãos não são separados, e novos personagens assumem como padrastos, o lugar do genitor na reconstrução afetiva dos pais (Madaleno, 2007, p. 114).

Groeninga (2008), no mesmo lastro argumentativo, refere que o papel dado à afetividade tem sido crescente no Direito de Família, o qual não mais deve excluir os vínculos existentes entre os membros da família. O afeto tem grande importância nas relações familiares. Conforme a autora, a família é o instituto no qual são vividos e balanceados os afetos em relação aos pais.



Sobremodo relevantes as considerações tecidas por Lôbo (2009):

A afetividade, como princípio jurídico, não se confunde com o afeto, como fato psicológico ou anímico, porquanto pode ser presumida quando este faltar na realidade das relações, assim, a afetividade é dever imposto aos pais em relação aos filhos e destes em relação àqueles, ainda que haja desamor ou desafeição entre eles. O princípio jurídico da afetividade entre pais e filhos apenas deixa de incidir com o falecimento de um dos sujeitos ou se houver perda do poder familiar. Na relação entre cônjuges e entre companheiros, o princípio da afetividade incide enquanto houver afetividade real, pois esta é pressuposto da convivência (Lôbo, 2009, p. 48).

Tem-se, portanto, que o princípio da afetividade é de grande valia para o Direito de Família e especialmente para a constituição e manutenção das relações afetivas, devendo ser levada em consideração à análise dos itens subseqüentes.

#### **2.4 O Código Civil de 1916**

A codificação que intitula o presente item era, em síntese, um diploma legal fechado. Trazia ideias que interessavam predominantemente àqueles indivíduos integrantes das classes sociais mais favorecidas. Tratava-se do reflexo nítido dos costumes, da tradição e do Estado social.

A tradicional família do século passado, instituída apenas pelo matrimônio, que não concebia a possibilidade de ruptura dessa relação, encontrava-se sobre a égide desta codificação.

Em relação à mulher, por exemplo, o Código Civil de 1916 continuou desconsiderando seu valor, mesmo com as influências do Código Civil Francês ou Napoleônico. Na literalidade de Pereira (2003), a legislação brasileira, seguindo a linha da maioria dos códigos da América Latina, continuou a reproduzir a ausência feminina na cena pública, sendo a mulher excluída da cidadania jurídica. De acordo com o autor, a mulher nunca aparecia sozinha e só existia juridicamente em relação ao pai ou ao marido, sendo quase um “não-sujeito”.

Tradicionalmente, a legislação e a doutrina tratavam o Direito de Família com uma visão extremamente patrimonialista, como se tal segmento do Direito Civil somente

atribuísse importância aos bens de caráter patrimonial, deixando assim de tutelar os bens de caráter extrapatrimonial. Tal prática se vislumbra na extensa normatização acerca dos regimes de bens do casamento no Código Civil de 1916. Trata-se de um reflexo da preocupação do legislador com o patrimônio, desprestigiando o âmbito da família.

Invocando-se novamente o magistério de Lôbo (2009), tem-se que até o advento da Constituição de 1988, a doutrina brasileira, condicionada em grande medida pelo Código Civil de 1916, distribuía o conteúdo do direito de família em três grandes partes, sendo elas o direito matrimonial, o direito parental e o direito assistencial.

O direito matrimonial abrangia as relações pessoais e patrimoniais entre marido e mulher, elencadas pelo autor como sendo o casamento, os direitos e deveres comuns e de cada qual, a dissolução da sociedade conjugal e do casamento e os regimes de bens.

Este mesmo Código, influenciado pelos costumes daquela época, desaprovava qualquer relação havida fora do casamento, da mesma forma que tratava como ilegítimos os filhos frutos destas relações censuradas. Nesse sentido, Gama (2006) assevera que:

Algumas classificações doutrinárias, como a família em sentido amplo, a família em sentido estrito, família nuclear [...] Outra, como *família legítima*, *família ilegítima*, *família adotiva*, que eram consideradas sob a égide do Código de 1916, por exemplo, perderam seu fundamento constitucional de validade no Direito brasileiro, pois fundamentalmente levavam em consideração a qualificação dos filhos, para efeito de distingui-los no tocante à atribuição de direitos ou não (Gama, 2006, p. 79).

Nesse aspecto, ressalta Lôbo (2009) que a predominância ou exclusividade ao casamento, decorria do fato de o direito brasileiro apenas admitir como legítima a família assim constituída. Por sua vez, as demais entidades eram remetidas ao âmbito do Direito das Obrigações, visto que eram equiparadas a sociedades de fato.

Disciplinar o Direito de Família é um desafio aos legisladores, uma vez que este ramo do Direito passa por constantes transformações, quiçá, um dos ramos da ciência jurídica que mais sofre com as transformações sociais. Como dito, na vigência do

Código Civil de 1916, prevalecia a ideia de família tradicional, que tinha como ente superior do casal o marido. Caracterizava-se essencialmente pela indissolubilidade do matrimônio e pela hierarquia patriarcal.

Nesse sentido, importante lembrar a lição de Delgado (2008), consoante a qual:

Quando da elaboração do Código Civil, a família brasileira tinha base econômica de natureza agrária. Imperava um privatismo exagerado, ainda hoje sentido em nossa vida política, que recebia o comando despótico do cabeça-de-casal, atuando com autoridade quase ilimitada sobre o agrupamento familiar, dando lugar à valorização do patriarcado. (Delgado, 2008)

Já Dias (2007), caracteriza a família da época de vigência do Código Civil de 1916 da seguinte forma:

Em uma sociedade conservadora, os vínculos afetivos, para merecerem aceitação social e reconhecimento jurídico, necessitam ser chancelados pelo que se convencionou chamar de matrimônio. A família tinha uma formação extensiva, verdadeira comunidade rural, integrada por todos os parentes, formando unidade de produção, com amplo incentivo à procriação. Sendo entidade patrimonializada, seus membros eram força de trabalho. O crescimento da família ensejava melhores condições de sobrevivência a todos. O núcleo familiar dispunha de perfil hierarquizado e patriarcal (Dias, 2007, p. 27 e 28).

Esta supremacia da linhagem masculina é plenamente perceptível quando se analisa os obsoletos artigos do referido Código. Conforme o art. 233, ao marido incumbia o comando da sociedade conjugal, tendo a mulher a função de colaborar com o marido no exercício dos encargos da família. Ainda, cumpria a ela velar pela moral (art. 240).

O casamento de menores de 21 anos dependia do consentimento de ambos os pais, mas, em havendo discordância, prevalecia a decisão paterna. Em nova invocação das palavras de Dias (2007), extrai-se que a figura masculina era privilegiada e imperava a discriminação, como evidencia o art. 6º, inciso II, do CC/1916, que considerava a mulher como relativamente incapaz.

Consoante deflui das lições de Gama (2006), o Código Civil de 1916 apresentava nítido espírito individualista, influenciado pelos valores liberais, deixando em segundo plano as situações jurídicas existenciais.

Com o decorrer dos anos, tais dogmas até então fechados e desiguais em relação aos sexos, que ainda seguiam vetustas concepções patriarcais hauridas da história, passaram a perder eficácia e o prestígio face ao advento de novas previsões legais.

## **2.5 O Estatuto da Mulher Casada – Lei nº 4.121/62**

O Estatuto da Mulher Casada, instituído pela Lei nº 4.121, de 27 de Agosto de 1962, foi um marco na legislação brasileira da época. Instituiu o tratamento igualitário entre os cônjuges, especialmente no que se referia às questões patrimoniais e efeitos do casamento.

Segundo Delgado (2008), as modificações introduzidas pelo Estatuto foram efeitos das transformações econômicas e sociais, de vida e do progresso contemporâneo, que já eram sentidas nas decisões jurisprudenciais e nas manifestações da doutrina.

Nessa quadra, a legislação alocava o indivíduo do sexo feminino em um terreno subjacente em relação ao marido dentro do grupo familiar. Acerca da realidade da mulher até então, traz-se à baila as lições de Pereira (2003):

A história da mulher no Direito, ou o lugar dado pelo Direito à mulher, sempre foi um não-lugar. Na realidade, a presença da mulher é a história de uma ausência, pois ela sempre existiu subordinada ao marido, sem voz e marcada pelo regime da incapacidade. No patriarcado, a condição feminina recebeu o traço dos excluídos, condição que o Direito sempre reproduziu (Pereira, 2003, p. 99).

Através do mencionado Estatuto, foi a mulher reconhecida como colaboradora e substituta do cônjuge varão no que tange à entidade familiar. Invocando-se o autor alhures citado, tem-se que,

[...] esse lugar conquistado, em que a mulher era emoldurada e confinada à reprodução e produção privada, só foi possível graças à aliança de interesses com o próprio homem e um repensar na divisão sexual do trabalho. Afinal, para esse sistema a mulher também é força produtiva (Pereira, 2003, p. 101).

O Estatuto da Mulher Casada surgiu no Brasil quase dois séculos depois da

revolução liberal, da qual sofreu significativas influências. Com ele, a mulher casada deixou de ser considerada civilmente incapaz. Lôbo (2009) ressalta que resíduos de desigualdade ainda apareceram nesse Estatuto, os quais somente foram totalmente desconsiderados com o advento da Constituição de 1988.

O Estatuto conferiu à mulher plena capacidade de praticar atos jurídicos. De solar relevo à ideia que se pretende aduzir as lições de Pereira (2003), para o qual a partir da aludida mudança alguns tribunais começaram a interpretar o Código Civil de 1916 em direção à igualdade de direitos entre homens e mulheres, até a Constituição de 1988.

Para Delgado (2008), o Estatuto da Mulher Casada é um diploma de conteúdo programático que tinha como finalidade atenuar as restrições do patriarcalismo do nosso Direito.

Segundo tal doutrinador, as ideias que se desenvolveram no mundo contemporâneo fizeram nascer a Declaração dos Direitos Humanos, que estabeleceu que homens e mulheres devem gozar dos mesmos direitos, não só durante o matrimônio como após a dissolução deste. Considerado o novo contexto em que foi colocada a mulher, o legislador brasileiro teve supedâneo para editar a Lei nº 4.121/62, que veio para atender aos anseios da sociedade sob o pálio de tais legislações.

## **2.6 A Lei nº 6.515, de 26 de dezembro de 1977 – Lei do Divórcio**

Muitas são as definições acerca do casamento, particularmente no âmbito doutrinário, mas todos são pacíficos quando o conceituam como o ato entre pessoas que procuram união em virtude do amor, afeto e companheirismo, assumindo assim deveres e direitos entre si e perante a sociedade.

A conceituação esposada por Barbosa (2008) traz o que se pretende dizer:

Além de se tratar da forma pela qual as pessoas que decidem se unir para fins de constituir comunhão plena de vida calcada no amor, no companheirismo, no afeto, no respeito, na solidariedade, submetem-se às exigências legais, por

motivos de foro íntimo, o casamento pode ser conceituado como sendo o ato jurídico em sentido estrito que permite o enlace dos que amam, do qual advêm direitos e obrigações. (Barbosa, 2008, p. 37)

Assim, uma vez não existindo mais o amor, o afeto ou qualquer dos sentimentos mútuos, o que ocorre, comumente, é o rompimento desse vínculo. É mister que o direito deve acompanhar também esta situação.

Nas palavras de Dias (2007), a Lei nº 6.515, de 26 de dezembro de 1977, inovou ao trazer a possibilidade do divórcio, outorgando, dessa forma, o rompimento do consagrado e intocável laço das núbias.

Até então, o Código Civil de 1916 estabelecia que a única possibilidade legal de rompimento do vínculo matrimonial era através do desquite, que não dissolvia o matrimônio. O desquite fulminava os deveres de fidelidade e vida em comum, mas mantinha o dever de assistência entre os desquitados, pelo pagamento de alimentos ao cônjuge inocente.

Venosa (2008), ao comentar tal situação jurídica, diz que a Lei do Divórcio revogou os artigos 315 a 328 do Código de 1916, os quais tratavam sobre a dissolução do casamento, ou seja, sobre o desquite, que passou a ser denominado de separação judicial. Essa lei disciplinou o divórcio, a separação judicial e estabeleceu outros princípios de Direito de Família e de Sucessões.

De acordo com Madaleno (2004), a Lei do Divórcio representou radical mudança nos clássicos direitos familistas brasileiros, ao instituir a dissolução não-causal do casamento por meio do divórcio. No entanto, entende o autor que a legislação manteve-se atrelada ao costume de condicionar a prévia separação judicial, substitutiva do desquite, à demonstração de culpa.

Já Dias (2007), refere que as uniões extramatrimoniais não eram reconhecidas legalmente, o que, todavia, não impedia que os indivíduos desquitados ou separados de fato contraíssem novos vínculos afetivos, os quais eram conhecidos como concubinato. A fim de apartar conflitos decorrentes destas relações, foi instituído o divórcio, como explica a autora:

[...] forte foi a resistência dos segmentos mais conservadores. Como a indissolubilidade do casamento era consagrada na Constituição Federal, houve a necessidade de emendá-la. Para isso foi preciso inclusive mudar o quorum de dois terços dos votos para maioria simples. Só assim foi possível introduzir a dissolução do vínculo matrimonial no País. (Dias, 2007, p. 269)

Portanto, com o advento da Lei nº 6.515/77, primeiro far-se-ia necessária a separação, para depois ser esta convertida em divórcio. As partes deveriam estar separadas de fato há no mínimo 05 (cinco) anos. No entanto, com a promulgação da Constituição Federal em 1988 houve a redução deste prazo, que passou para dois anos, dentre outras mudanças, que serão abordadas oportunamente.

Madaleno (2004) destaca que a separação prevista no art. 5º da Lei do Divórcio, denominada separação por justa causa, baseava-se no princípio da culpa e, por isso, somente o cônjuge vitimado poderia pedir a separação. A culpa era merecedora de censura social, pois geralmente implementava-se mediante o adultério, a sevícia e a injúria.

Dias e Pereira (2002) explicam a mudança ocorrida com a Lei do Divórcio:

Para viabilizar a aprovação da lei regulamentadora do divórcio (Lei n. 6515/77), alguns abrandamentos precisaram ser instituídos e restrições acabaram por ser impostas. Assim, o que o Código Civil denominava de 'desquite' (ou seja, não quite, alguém em débito para com a sociedade) passou a se chamar, na Lei do Divórcio, de 'separação judicial', autorizando a separação dos cônjuges sem romper nem dissolver os sagrados laços do matrimônio (Dias e Pereira, 2002, p.70).

A Lei, logo que entrou em vigor, autorizou o divórcio uma única vez (art. 38). A seu turno, o art. 40 da predita Lei enumerava três requisitos para o divórcio, quais sejam: as partes deveriam estar separadas de fato há pelo menos 05 (cinco) anos, ser esse prazo anterior à Lei de 1977 e, ainda, o requisito de que fosse comprovada a causa para a separação.

Venosa (2008) lembra que a Lei do Divórcio está derogada pelo vigente Código Civil em tudo o que diz respeito ao direito material da separação e do divórcio, sendo que somente seus dispositivos processuais permanecem vigentes.



## 2.7 As características das Constituições brasileiras até a CF de 1988

As Constituições nacionais sempre acompanharam a situação histórico-social do momento de sua vigência.

Lôbo (2009), em lapidar lição, explica que as Constituições de 1824 e 1891 foram marcadas pelo liberalismo e pelo individualismo, sem tutela às relações familiares. Já a Constituição de 1891, inovou ao reconhecer o casamento civil.

A Constituição democrática de 1934 deu o devido resguardo à família, dedicando todo um capítulo à entidade familiar.

Já a Constituição Federal de 1946, em seu artigo 163, estipulava que “a família é constituída pelo casamento de vínculo indissolúvel e terá direito à proteção do Estado”. Essa mesma Constituição, segundo Lôbo (2009), estimulou a prole numerosa e assegurou assistência à maternidade, à infância e à adolescência.

Da mesma forma, a CF/1967, em seu artigo 175, *caput*, sustentava que “a família é constituída pelo casamento e terá direito à proteção dos Poderes Públicos”.

A família contemporânea é identificada pela solidariedade, princípio constitucional previsto no art. 3º, inciso I, da CF/88, e tem como fundamento a afetividade. Nossa atual Constituição tem na família a base da sociedade.

Novamente se reportando a Lôbo (2009), importante salientar que o modelo igualitário da família constitucionalizada se contrapõe ao modelo autoritário do Código Civil de 1916. Ela expande a proteção do Estado à família, promovendo mudanças não vistas recentemente em outros países. Assim, o consenso, a solidariedade, o respeito à dignidade das pessoas que a integram são os fundamentos dessa mudança paradigmática, na qual a Constituição Cidadã reconheceu a entidade matrimonializada, a união estável e a entidade monoparental.

Com a Constituição Federal de 1988, o ordenamento jurídico reconheceu



princípios e garantias fundamentais que colocaram o cidadão no centro da tutela jurídica, momento em que o texto constitucional assemelhou-se em parte à Declaração Universal dos Direitos do Homem, a qual dispõe que todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e direito.

Nesse sentido, destacam Pereira e Pereira (2006) que as relações familiares, passaram a ser observadas pela ótica da dignidade humana de cada partícipe do grupo familiar. A dignidade da pessoa humana, colocada no ápice do ordenamento jurídico, encontra na família a sua base, daí a ordem constitucional dirigida ao Estado para que dê especial proteção à família, seja qual for a sua espécie.

A Carta Magna, através de um de seus princípios, colocou marido e mulher no mesmo patamar, qual seja, o de pessoas iguais perante a lei, sem deixar de resguardar os filhos.

Dias (2006), ressalta que a CF/1988, estendeu idêntica tutela à família constituída pelo casamento, à união estável e à comunidade formada por qualquer dos genitores e seus descendentes, ou seja, a família monoparental. Da mesma forma, consagrou a isonomia entre a prole, havida ou não na constância do casamento, ou por adoção, garantido-lhes os mesmos direitos e qualificações.

A concepção de família hierarquizada, calcada sobre os ideias do matrimônio, passa a ter uma concepção mais moderna e democrática. Além da igualdade entre homens e mulheres, a CF/1988 introduziu direitos e deveres referentes à sociedade conjugal, exercidos igualmente por ambos os cônjuges (art. 226, § 5º).

Gama (2006) afirma que, diante de inúmeras mudanças ocorridas mesmo antes do Constituição de 1988, a proteção estatal à família não poderia mais se resumir às instituições familiares fundadas somente pelo casamento, sendo que deveriam também ser tuteladas as que não foram fundadas por atos formais e solenes como o casamento. Nesse sentido, afirma que:

As famílias devem espelhar a própria formação democrática do convívio em sociedade, sob o prisma político-ideológico, fundando-se em valores existenciais e psíquicos, próprios do ser humano, como os sentimentos de

solidariedade, afeto, respeito, compreensão, carinho e aceitação, que afastam os valores autoritários, materialistas, patrimonialistas e individualistas que norteavam a família matrimonial tutelada pelo Código Civil de 1916 (Gama, 2006, p.79).

A família, que anteriormente era uma unidade econômica, passa a ser uma entidade unida pelo afeto e pelas relações solidárias.

Na literalidade de Wald (2002), o princípio da dignidade humana, que visa tutelar, em especial, o cidadão, através da Constituição Cidadã de 1988, a qual alargou o conceito jurídico da família, adotando o termo *entidade familiar* dá especial proteção à mesma. De acordo com o autor, o direito de família se preocupa com o *status* ocupado pela pessoa dentro do quadro familiar, defendendo os interesses não apenas do indivíduo, mas do grupo que compõe a entidade da família.

Nesse sentido, Gonçalves (2005) destaca que a Carta Magna abriu outros horizontes ao instituto jurídico da família, dedicando especial atenção ao planejamento familiar e à assistência à família. Nesse novo contexto, o casamento não tem mais o papel de circunstância principal da constituição da família.

Em relação ao Direito Constitucional de família, Rocha (2004) dispõe que:

A Constituição Federal de 1988 escolheu para disciplinar a família um modelo regido por regras como a igualdade entre os cônjuges; o mútuo consenso entre os cônjuges; o de maior respeito e consideração aos anseios dos filhos menores; a eliminação da discriminação entre filhos; e o reconhecimento à união estável de efeitos jurídicos semelhantes ao casamento. Com isso, a constituição apenas acompanhou o processo evolutivo que deixava de lado um modelo patriarcal de família, dominado pela figura carismática do pai, que detinha um poder decisório grande sobre a vida da mulher e dos filhos e acolhia um modelo nuclear de família, baseado numa sociedade de iguais poderes e deveres entre os cônjuges e de maior respeito e consideração às aspirações dos filhos (Rocha, 2004, p. 21).

Já no que toca à dignidade da pessoa humana, ensina Diniz (1998) que é o princípio moral de que o ser humano deve ser tratado como um fim e nunca como um meio. Já para Dias (2006), o princípio da dignidade humana é o mais universal de todos os princípios. A autora o considera como um macroprincípio do qual se irradiam todos os demais.

A igualdade é outro princípio constitucional que norteia o direito de família

brasileiro. A Constituição Federal, em seu art. 227, parágrafo 6º, protege especialmente a igualdade relativa aos filhos havidos ou não da relação familiar, não fazendo distinções entre filhos naturais, biológicos e/ou adotivos.

Nesse talvegue, Diniz (2002) leciona não se fazer distinção entre filho matrimonial e não-matrimonial ou adotivo, quanto ao poder familiar, nome e sucessão. Permite-se o reconhecimento de filhos extramatrimoniais.

Por sua vez, o princípio da igualdade, que também é direito fundamental do homem, é um norteador do texto constitucional, além de refletir-se em todo o ordenamento jurídico pátrio. Tal princípio conduz intrinsecamente ideias como a de que a pessoa sobrepõe-se ao instituto do casamento. A comunhão entre as pessoas toma o lugar que anteriormente pertencia àqueles que detinham a hierarquia familiar. Entende, ainda, que existem outras formas de constituição familiar, não somente aquela oriunda do casamento, mas também pela união estável, a família monoparental, dentre outras.

O conceito de família, que até então arraigava-se ao vínculo sanguíneo, dá lugar à família oriunda do afeto.

Em relação ao princípio da liberdade, ensina Diniz (2002) que ele se reflete em sede de Direito de Família e consiste no:

[...] livre poder de formar uma comunhão de vida; livre decisão do casal no planejamento familiar; livre escolha do regime matrimonial de bens; livre aquisição e administração do patrimônio familiar; livre opção pelo modelo de formação educacional, cultural e religiosa da prole (Diniz, 2002, p. 25).

Já nas palavras de Venosa (2003), ao explicar o princípio do pluralismo familiar disposto no artigo 226, parágrafos 3º e 4º, aduz qu e este enseja que se reconheçam expressamente outras formas de constituição da família paralelamente ao casamento, como as uniões estáveis e as famílias monoparentais.

Dias (2006), no mesmo lastro, afirma que o princípio do pluralismo das entidades familiares é encarado como o reconhecimento, pelo Estado, da existência de várias possibilidades de arranjos familiares.

A Constituição entende ser a família e não o casamento a base da sociedade. Em seu art. 226. A Carta Magna assegura diversos direitos à família, tais como o direito à assistência na pessoa de cada um dos que a integram (art. 226, parágrafo 8º) e deveres, como de garantir à criança e ao adolescente, com absoluta primazia, todos os direitos que lhe são expressamente assegurados (art. 227).

Por fim, a Constituição, na literalidade de Madaleno (2006), propôs-se a repersonalizar as entidades familiares, preservando e desenvolvendo o que é de maior importância para a entidade familiar: o afeto, a solidariedade, a união, o respeito, a confiança, o amor, o projeto de vida comum, com base nos ideais pluralistas, solidaristas, democráticos e humanistas.

## 2.8 O Código Civil de 2002 e suas características

Entende a doutrina que o Código Civil de 2002, apesar de ser legislação recente, já estava consideravelmente desatualizado no momento em que entrou em vigor. Esse pensamento justifica-se porque o mesmo passou a vigorar em janeiro de 2003, contudo, seu projeto inicial remonta a 1975. Por estes motivos sofreu diversas alterações, a fim de acompanhar a realidade social e preservar a higidez constitucional.

Nesse sentido, ressalta Madaleno (2004) que:

Dobram os sinos em ruidoso festejo pela aprovação final do novo Código Civil brasileiro, depois de passar por mais de duas décadas de morosa elaboração legislativa e prometendo substanciais mudanças, especialmente no campo do Direito de Família. Com vigência efetiva prevista para dois anos depois de sua sanção, teve a sociedade brasileira um inusual, mas, ainda oportuno período de *vacatio legis*, para a maturada absorção das novidades codificadas a serviço do direito familista nacional. Respeitadas as opiniões em contrário, entretanto, um quarto de século é tempo demasiado para simplesmente consagrar mudanças já conquistadas há bastante tempo por legislações soltas ou estampadas na Carta Política de 1988 e que foram construindo sólida identidade com a reiteração da jurisprudência brasileira (Madaleno, 2004, p. 53).

Gonçalves (2005) afirma que todas as mudanças sociais havidas na segunda metade do século passado, aliado ao advento da Constituição Federal de 1988, com suas inovações, levaram à aprovação do atual Código Civil.

De acordo com Gama (2006), o Código Civil de 2002 reconhece a indispensável presença dos valores éticos no ordenamento jurídico. Diferentemente do Código de 1916, o Código que hoje vigora alterou certos valores essenciais, com a busca por princípios da eticidade, da socialidade e da operabilidade.

Segundo Pereira (2007),

[...] o direito de família evoluiu para um estágio em que as relações familiares se impregnam de autenticidade, sinceridade, amor, compreensão, diálogo, paridade, realidade. Trata-se de afastar a hipocrisia, a falsidade institucional, o fingimento, o obscurecer dos fatos sociais, fazendo emergir as verdadeiras valorações que orientam as convivências grupais (Pereira, 2007, p. 17).

Gama (2008), descreve o século XX como um período muito fértil com relação às questões familiares. Gerou discussões acerca de institutos como o casamento, nunca antes questionados. Muitas foram as reformas ocorridas nas relações humanas que determinaram, conseqüentemente, alterações legislativas.

Já Delgado (2008) entende que:

Com efeito, em sua base informativa, surpreende-se o investigador com a fidelidade do Código civil à realidade brasileira do início do século XX, a ponto de haver ignorado, em muitos aspectos, as conquistas do Direito estrangeiro. Isso não importa se reconhecer que, no momento histórico do seu nascimento, tenha constituído um largo avanço em nossas instituições jurídicas privadas, sobrevivendo, até hoje, embora atualizado pelo trabalho da jurisprudência e do legislador. (Delgado, 2008)

O Código Civil atual enfatiza a tratamento igualitário entre os cônjuges, definindo a igualdade no que diz respeito ao exercício do casamento. Além disso, faz menção ao poder familiar, proíbe a interferência de pessoas jurídicas de direito público na comunhão de vida instituída pelo casamento e disciplina acerca do regime de bens do casamento religioso.

Segundo Rocha (2004), o novo Código Civil teve o mérito de entronizar em seu corpo as alterações realizadas pela Constituição de 1988 no que diz respeito à família e ao Direito de Família. A nova legislação fez desaparecer a figura do marido como chefe do casal e a igualdade entre os cônjuges está expressa em todo o Livro que aborda o Direito de Família. Além disso, o pátrio poder de outrora foi substituído pelo poder familiar, exercido por ambos os pais.

De acordo com Gonçalves (2005), o novo diploma civil conceitua a família, ampliando sua denominação ao prever a união estável, legitimando filhos havidos fora do casamento e ressaltando a igualdade entre filhos, como já fora previsto anteriormente na Constituição de 1988.

Segundo Gama (2008), a regulamentação das relações familiares no âmbito do Direito de Família sofreu uma série de alterações nos últimos tempos. Essas mudanças são fruto de outras mudanças sucedidas no seio da sociedade mundial, bem como do desaparecimento de determinados dogmas e princípios antes considerados inabaláveis.

Assim, a doutrina entende que o direito deve ser mais um fator a acelerar as modificações e somente o será se seus operadores assumirem o compromisso com os autênticos interesses populares.

## **3 O CASAMENTO E AS FORMAS DE DISSOLUÇÃO DO VÍNCULO CONJUGAL**

A união de duas pessoas pode se dar de diversas maneiras, assim como o rompimento dessas relações afetivas. As tradicionais e corriqueiras dissoluções do vínculo conjugal, mais precisamente do casamento, ocorrem normalmente pela separação ou pelo divórcio.

Venosa (2008) destaca que, em qualquer situação, seja a separação ou o divórcio devem traduzir um “remédio” ou uma solução para o casal e para a família, de forma a (re)organizar a vivência harmoniosa, em sendo possível, após a crise familiar.

### **3.1 O casamento**

O casamento, desde os primórdios, sempre foi considerado um instituto de grande valia social.

Segundo Dias (2006), até 1889, a única forma de realização do casamento no Brasil era através do culto religioso. O casamento civil surgiu apenas em 1891. Quando o Código Civil de 1916 foi editado, o único meio de constituição familiar era pelo casamento. Qualquer outro tipo de formação familiar não era reconhecido pelo direito.

Além disso, o casamento era indissolúvel.

Ainda consoante citada autora, o desquite, que impedia nova relação formal, era o único meio de romper o casamento, mas sem dissolver o vínculo matrimonial.

Com o surgimento da Lei do Divórcio, o desquite transformou-se em separação. A partir daí o casamento poderia ser rompido pela separação e o vínculo, pelo divórcio. Mesmo com o advento dessa lei, a família continuou tendo uma visão matrimonializada, como se infere do texto constitucional e do significativo destaque dado pelo Código Civil ao casamento.

Com a finalidade de manter a união da família e impedir o seu rompimento, eram longos os prazos impostos pela lei até que a separação acontecesse. Não obstante, havia a necessidade de se identificar um culpado pela separação, o qual nem ao menos poderia intentar a ação que visava o fim da união marital, a não ser que atribuísse a culpa ao outro cônjuge.

O Código Civil de 2002 elenca 110 artigos que tratam exclusivamente do casamento. No entanto, o mesmo Código não define ou conceitua esse instituto, não identificando sequer, de forma clara, o sexo dos nubentes, em consonância com a Constituição Federal de 1988. Neste número significativo de artigos, estabelece requisitos para a celebração, define direitos e deveres dos cônjuges e fala acerca dos regimes de bens.

A fim de conceituar o instituto do casamento, Dias (2007) cita Monteiro, que define o casamento como sendo “o fundamento da sociedade, base da moralidade pública e privada” e apud Pontes de Miranda “uma relação ética”.

Gama (2006), por sua vez, define o casamento como segue:

Deve-se entender o casamento como instituto que congrega um conjunto de situações jurídicas existenciais e patrimoniais, regidas por normas de Direito de Família que, normalmente, se caracterizam por serem de ordem pública, ainda que atualmente se conceba a autonomia privada dos cônjuges para uma série de efeitos jurídicos, inclusive no campo do planejamento familiar, na administração e na comunicação dos bens adquiridos durante a vida de cada um dos cônjuges (Gama, 2006, ps.11 e 12).



Já a Novel Lei Maria da Penha (Lei nº 11.340/06), define o casamento como sendo uma “relação íntima de afeto”.

Dias (2007), por sua vez, define o casamento como o estado matrimonial, no qual os nubentes ingressam por vontade própria, por meio da chancela estatal.

Invocando-se as lições de Gama (2008), tem-se que a noção de comunhão plena de vida e interesse, tida como principal finalidade do casamento (art. 1511 do CC/02), se relaciona ao projeto de família feito pelos cônjuges. Por isso, o autor não acredita ser possível a elaboração de conceito hermético, fechado, não maleável acerca da “comunhão plena de vida”, e, logo, à noção de projeto familiar.

De acordo com Lôbo (2009), nesse norte, aponta o casamento como um ato jurídico negocial e solene, além de ser público e complexo, mediante o qual um homem e uma mulher constituem família, pela livre manifestação de vontade e pelo reconhecimento do Estado. Ainda, entende o autor que, apesar de o casamento ter perdido sua exclusividade da tutela jurídica, continua sendo o modelo mais adotado nas relações familiares, de acordo com pesquisas demográficas. Justifica a valorização do casamento e a preferência da legislação pelo mesmo, em razão da tradição, dos costumes e da força da influência das religiões na sociedade brasileira.

Segundo Rizzardo (2007), o casamento é um contrato solene pelo qual duas pessoas de sexos distintos se unem com a finalidade de constituir família e viver em comunhão plena de vida, fazendo na celebração promessa de mútua fidelidade, assistência recíproca e educação conjunta dos filhos.

Nesse aspecto, importante lembrar Gama (2008), para o qual o casamento faz nascer uma família, que durante sua constância, terá um projeto familiar. O autor afirma que evidentemente esse projeto terminará em algum momento, daí o seu caráter temporário e não perpétuo. Nesse sentido, ensina que,

[...] nos dias atuais, diante da busca do fundamento das relações familiares nos ideais e valores pluralistas, solidaristas, democráticos, isonômicos e humanitários, a abordagem normativa evidentemente deve ser diversa daquela ocorrida no período em que tais ideais não preponderavam. A procura do atingimento do bem existencial mais desejado na civilização humana, qual seja,

a felicidade, é o objetivo maior, em consonância com os princípios, fundamentos e valores alçados a nível constitucional (Gama, 2008, p.230).

Diante da possibilidade que a legislação oferece ao prever a separação e o divórcio, não se pode afirmar que o casal assuma compromisso de perpetuidade. Pelo exposto no art. 1566 do Código Civil de 2002 não se percebe caráter de indissolubilidade no casamento, nem sequer no texto legal.

Independente dos moldes, Gama (2008) afirma que o casamento sempre existiu, desde os primórdios da vida humana. Nesse sentido, cita Bittar (1991): “No início, sob a direção *pater familias*, uma vez organizadas as sociedades primitivas, a família reunia todos os descendentes de um tronco comum (família patriarcal), unificada em função do culto religioso e de fins políticos e econômicos. Fundado na união solene entre cônjuges, esse modelo influenciou por séculos a vida em sociedade, plasmando-se juridicamente nas codificações, em razão da multiplicidade dos costumes e da perfeita divisão de funções entre homem e mulher. O casamento estabelece a sociedade conjugal e altera o estado civil dos cônjuges. Além disso, gera vínculo conjugal e vínculo de parentesco por afinidade. Mas sempre se viu na família a célula-mater da organização social.”

Aos poucos foi-se imprimindo alcance mais restrito para o núcleo, considerando como tal apenas os familiares sob a égide dos pais, mas, segundo Bittar (1991), ainda com o marido na chefia do lar conjugal e na administração dos bens da família, enquanto à mulher competia os afazeres domésticos.

Para Rocha (2004), a doutrina contratual vê o casamento como sendo um contrato, pois os nubentes fazem declarações de vontade. Essa concepção contratualista, segundo o autor, deriva do direito canônico, que valoriza o casamento como ato de vontade dos nubentes. Já a doutrina entende que o matrimônio é uma instituição, dando mais valor aos direitos e deveres que precisam ser seguidos pelos cônjuges.

Na sociedade contemporânea, verifica-se uma expressiva mudança de mentalidade na visão do matrimônio. Gama (2006) ressalta que em séculos mais

remotos e em razão das regras impostas pela Igreja, a finalidade concreta do casamento era a procriação. Com o passar dos anos, essa concepção dá espaço à ideia de casamento por amor e união entre homem e mulher. Nesse sentido, destacam Dias e Pereira (2002) que:

Portanto, parece não restar mais dúvida acerca da igualdade dos cônjuges em tudo o que diga respeito à família, ficando, agora, completamente sem sentido o antigo tabu, positivamente legislado, de que o marido é o chefe da sociedade conjugal, conforme ditou o art. 233 do Código Civil de 1916 (Dias e Pereira, 2002, p. 11).

Tendo em vista os princípios que ditam também o casamento, pode-se destacar o princípio da igualdade do homem e da mulher na relação, além da afetividade, permeando a ideia de família matrimonializada.

### **3.1.1 Espécies de casamento**

Há duas espécies de casamento, o civil e o religioso com efeitos civis. O casamento civil é realizado por intermédio do oficial do Cartório de Registro Civil, com a observância de uma série de requisitos legais, adiante identificados. Já o casamento religioso, acontece com a celebração intermediada por um representante religioso. Esse casamento terá validade civil, mediante requerimento dos nubentes ao juiz, havendo inscrição no Registro Civil de Pessoas Naturais, após prévia habilitação.

Venosa (2008), nesse sentido, ensina que apenas em 1890 o casamento civil passou a ser obrigatório, como consequência da separação que ocorreu entre os poderes da Igreja e do Estado.

Como a transformação que ocorreu em decorrência dessa cisão não foi facilmente absorvida pela Igreja e pela população que em sua maioria era católica, criou-se o costume do casamento duplo, tanto civil como religioso.

Venosa (2008) bem explica que:

Mantendo a mesma ideia e seguindo a trilha já apontada, o Código de 2002 estabelece no art. 1515 a validade do casamento religioso que atender às exigências da lei para a validade do casamento civil, equiparando-se a este,

desde que registrado, produzindo efeitos a partir da data de sua celebração. Nem por isso há que se imaginar que nossa sociedade passe a adotar com mais frequência esse procedimento (Venosa, 2008, p. 31).

De assaz relevância as palavras de Gama (2008), no sentido da importância da gratuidade da celebração do casamento civil, em virtude da realidade social e econômica brasileira. Tal gratuidade está prevista no parágrafo 1º do art. 226 da CF/88, bem como no art. 1512 do CC.

De outra banda, o casamento religioso está previsto no art. 226, parágrafo 2º, da CF. Já os artigos 1514, 1515 e 1516<sup>1</sup>, do CC, correlacionam o casamento civil com o religioso.

De forma sucinta, tem-se que o casamento pode ser realizado com prévia habilitação perante o Oficial do Registro Civil e com habilitação posterior.

No caso de prévia habilitação, os contraentes iniciam o processo de habilitação para o casamento e solicitam ao Oficial que expeça a certidão para que eles possam se casar perante o ministro de sua religião.

Celebrado o casamento religioso, terão eles, o celebrante ou qualquer interessado, o prazo de 90 dias para requerer o registro junto ao cartório que expediu a certidão (art. 1516, § 1º, do CC).

Se a habilitação for posterior ao casamento religioso, os contraentes darão início

---

<sup>1</sup> Art. 1.514. O casamento se realiza no momento em que o homem e a mulher manifestam, perante o juiz, a sua vontade de estabelecer vínculo conjugal, e o juiz os declara casados.

Art. 1.515. O casamento religioso, que atender às exigências da lei para a validade do casamento civil, equipara-se a este, desde que registrado no registro próprio, produzindo efeitos a partir da data de sua celebração.

Art. 1.516. O registro do casamento religioso submete-se aos mesmos requisitos exigidos para o casamento civil.

§ 1º O registro civil do casamento religioso deverá ser promovido dentro de noventa dias de sua realização, mediante comunicação do celebrante ao ofício competente, ou por iniciativa de qualquer interessado, desde que haja sido homologada previamente a habilitação regulada neste Código. Após o referido prazo, o registro dependerá de nova habilitação.

§ 2º O casamento religioso, celebrado sem as formalidades exigidas neste Código, terá efeitos civis se, a requerimento do casal, for registrado, a qualquer tempo, no registro civil, mediante prévia habilitação perante a autoridade competente e observado o prazo do art. 1.532.

§ 3º Será nulo o registro civil do casamento religioso se, antes dele, qualquer dos consorciados houver contraído com outrem casamento civil.

ao processo de habilitação, instruindo-o com a certidão passada pelo ministro religioso e com os documentos exigidos pela lei civil.

Concluído o processo e certificada a inexistência de impedimentos, o Oficial fará o registro do casamento religioso (art. 1516, § 2º do CC).

Calha lembrar, também, o art. 1515 do Código Civil, que estabelece a validade do casamento religioso que atender às exigências da lei estabelecidas ao casamento civil, equiparando-se a este, desde que registrado, produzindo efeitos a partir da data de sua celebração.

### **3.1.2 Capacidade, impedimentos e habilitação para o casamento**

O Código Civil de 2002 fez distinção entre capacidade e impedimentos do casamento, o que não ocorria no Código datado de 1916.

A capacidade para o casamento diz respeito à idade com que as pessoas interessadas em contrair núpcias devem ter para fazê-lo. Nesse sentido, Rizzardo (2005) entende que há um tempo reservado para cada coisa, e assim também ocorre para o casamento, devendo aqueles que têm interesse atingir uma idade apropriada e condizente não apenas no que diz respeito à parte física, como também moral, psíquica, mental e econômica, para que esteja apto a nova realidade ou o novo estado ao qual passa a pertencer.

Lôbo (2009) afirma que:

A idade núbil varia de país para país, de acordo com suas culturas tradicionais e costumes. É uma opção do legislador, tendo em conta que biologicamente a aptidão para procriar varia de indivíduo a indivíduo, do homem para a mulher, normalmente durante a adolescência. Há registros médicos de advento da menstruação em meninas com menos de 12 anos, na fase da vida que o direito brasileiro considera criança (art. 2º do ECA). O direito procura o equilíbrio delicado entre os fatos da vida, despontados em gravidezes precoces, e a idade que elege como limite mínimo ideal para que as pessoas assumam as graves responsabilidades decorrentes da constituição da família (Lôbo, 2009, p. 81 e 82).

Gama (2006) associa a capacidade para o casamento com a expressão *idade núbil*, ou seja, o momento a partir do qual a lei pressupõe que as pessoas interessadas em contrair núpcias tenham atingido a maturidade físico-psíquica para discernir acerca da constituição de uma nova entidade familiar.

Destarte, define o Código Civil, em consonância com o art. 5º, inciso I, e art. 226, parágrafo 5º, da Constituição Federal, que a capacidade para o casamento é atingida aos dezesseis anos. No entanto, além do requisito de idade, é necessário que ambos os pais autorizem expressamente tal celebração, eis que os pretendentes não teriam completado ainda dezoito anos, momento em que estarão plenamente aptos para todos os atos da vida civil.

Gama (2006) lembra que com o casamento entre os dezesseis e dezoito anos, ocorre a emancipação dos nubentes, oportunidade em que deixam de ser incapazes.

De acordo com Rizzardo(2005), a lei objetiva

[...] a proteção de pessoas imaturas ou inexperientes. Não que se coadune o casamento à aptidão para procriar, ou à presença no ser humano de condições genéticas, que se fazem sentir entre os onze ou doze anos na mulher e entre os treze e catorze anos no homem. Mas é justamente nesta fase da vida – a puberdade – que despertam as crises de libertação, as divergências de pensamento entre gerações diferentes. Portanto, se permitida a procriação, faltaria o amadurecimento mútuo para a criação e a formação no novo ser humano (Rizzardo, 2005, p.31).

Já em relação à idade máxima para que duas pessoas contraiam núpcias, não há qualquer restrição.

Além dos requisitos essenciais para o casamento, como a diferença de sexos entre os nubentes, o consentimento efetivo e a devida celebração, devem ser observados outros requisitos que podem impedir que sejam contraídas núpcias.

Gama (2006) entende que os impedimentos são circunstanciais e não obstáculos intransponíveis como é o caso da incapacidade, ou seja, os impedimentos se referem a certas pessoas ou certas circunstâncias. Assim, o autor conceitua o impedimento matrimonial como sendo

[...] circunstâncias ou situações de fato ou de direito que geram a proibição para alguém se casar com outra pessoa, em razão de algum motivo grave, nas hipóteses taxativamente previstas na lei. Trata-se de circunstâncias que representam limitações à liberdade de casar da pessoa, que se justificam por razões de ordem pública, atuando como restritivas de autonomia privada (Gama, 2006, p.25 e 26).

Os impedimentos são causas ou fatores que impossibilitam o casamento. Rizzardo (2005) ensina que na incapacidade, o menor de dezesseis anos está proibido de se casar com qualquer pessoa, pois ainda não atingiu sua capacidade. Já no caso dos impedimentos, o sujeito fica proibido de casar-se com determinadas pessoas.

O Código Civil de 2002 assumiu um caráter menos formal em relação ao Código de 1916, tendo em vista ter reduzido os impedimentos ao casamento, que hoje são sete, conforme art. 1521<sup>2</sup> do citado *codex*.

Dentre as espécies de impedimentos estão o impedimento pelo parentesco, por relação de afinidade, por adoção, pelas pessoas já casadas e em relação à pessoa condenada por homicídio ou tentativa de homicídio contra cônjuge.

Já a habilitação é o ato inicial e preparatório do casamento que determinará ou não a sua realização.

Tem como finalidade demonstrar que não há qualquer incapacidade ou impedimento entre os nubentes para a realização da celebração do casamento. Ela visa conferir validade à celebração. Além disso, objetiva impedir que o casamento se realize sem a observância das formalidades legais ou com infração a algum impedimento.

Nas palavras de Rizzardo (2005), a habilitação tem a finalidade de demonstrar e provar a possibilidade do casamento, ressaltando a inexistência de qualquer

<sup>2</sup> Art. 1.521. Não podem casar:

I - os ascendentes com os descendentes, seja o parentesco natural ou civil;

II - os afins em linha reta;

III - o adotante com quem foi cônjuge do adotado e o adotado com quem o foi do adotante;

IV - os irmãos, unilaterais ou bilaterais, e demais colaterais, até o terceiro grau inclusive;

V - o adotado com o filho do adotante;

VI - as pessoas casadas;

VII - o cônjuge sobrevivente com o condenado por homicídio ou tentativa de homicídio contra o seu consorte.



impedimento entre os cônjuges. É através da habilitação, dessa fase preliminar que se examina a viabilidade ou não do casamento.

O processo de habilitação segue as regras da Lei de Registros Públicos (Lei nº 6012/73) e o Código Civil<sup>3</sup> de 2002. Para habilitarem-se ao casamento é necessário que os interessados manifestem seu pedido mediante o oficial do Registro Civil, apresentando documentos, os quais encontram-se elencados no art. 1525 do Código de 2002. Assim, será instaurado o procedimento administrativo.

É também na habilitação que os nubentes indicarão o regime de bens do matrimônio. Em não havendo manifestação, o regime de bens será o de comunhão parcial.

---

<sup>3</sup> Art. 1.525. O requerimento de habilitação para o casamento será firmado por ambos os nubentes, de próprio punho, ou, a seu pedido, por procurador, e deve ser instruído com os seguintes documentos:

I - certidão de nascimento ou documento equivalente;

II - autorização por escrito das pessoas sob cuja dependência legal estiverem, ou ato judicial que a supra;

III - declaração de duas testemunhas maiores, parentes ou não, que atestem conhecê-los e afirmem não existir impedimento que os iniba de casar;

IV - declaração do estado civil, do domicílio e da residência atual dos contraentes e de seus pais, se forem conhecidos;

V - certidão de óbito do cônjuge falecido, de sentença declaratória de nulidade ou de anulação de casamento, transitada em julgado, ou do registro da sentença de divórcio.

Art. 1.526. A habilitação será feita perante o oficial do Registro Civil e, após a audiência do Ministério Público, será homologada pelo juiz.

Art. 1.527. Estando em ordem a documentação, o oficial extrairá o edital, que se afixará durante quinze dias nas circunscrições do Registro Civil de ambos os nubentes, e, obrigatoriamente, se publicará na imprensa local, se houver.

Parágrafo único. A autoridade competente, havendo urgência, poderá dispensar a publicação.

Art. 1.528. É dever do oficial do registro esclarecer os nubentes a respeito dos fatos que podem ocasionar a invalidade do casamento, bem como sobre os diversos regimes de bens.

Art. 1.529. Tanto os impedimentos quanto as causas suspensivas serão opostos em declaração escrita e assinada, instruída com as provas do fato alegado, ou com a indicação do lugar onde possam ser obtidas.

Art. 1.530. O oficial do registro dará aos nubentes ou a seus representantes nota da oposição, indicando os fundamentos, as provas e o nome de quem a ofereceu.

Parágrafo único. Podem os nubentes requerer prazo razoável para fazer prova contrária aos fatos alegados, e promover as ações civis e criminais contra o oponente de má-fé.

Art. 1.531. Cumpridas as formalidades dos arts. 1.526 e 1.527 e verificada a inexistência de fato obstativo, o oficial do registro extrairá o certificado de habilitação.

Art. 1.532. A eficácia da habilitação será de noventa dias, a contar da data em que foi extraído o certificado.



Depois de juntados os documentos e ouvido o representante do Ministério Público e, nada este havendo a impugnar, serão lavrados os proclamas e fixado o edital do casamento no cartório, pelo período de quinze dias. Além disso, haverá a publicação em imprensa local (art. 1527).

Quanto a isso, Gama (2008) aduz que a habilitação se compõe da juntada de documentos, da publicidade do edital (ou proclamas), da manifestação do Ministério Público e da expedição do certificado de habilitação.

Já Venosa (2008), ensina que, no tocante ao casamento religioso, a lei permite que a habilitação seja feita após a celebração religiosa, desde que os nubentes apresentem ao oficial toda a documentação exigida e a prova de que houve o casamento religioso.

### **3.1.3 Validade e eficácia do casamento**

Como considerações introdutórias ao item, lembra-se as lições de Lôbo (2009), para o qual a validade está relacionada com os requisitos do casamento. Logo, os nubentes deverão preencher os requisitos mínimo de idade, deverá haver mútuo consentimento sem vícios de vontade e deverá ocorrer a declaração de casados feita por meio de autoridade celebrante.

Já a eficácia do casamento depende do devido registro público. Assim, deve ser observado o prazo de noventa dias após o casamento religioso para que seja efetuado o registro civil, conforme disposto no art. 1515 do Código Civil, sob pena de o casamento não produzir efeitos.

Lôbo (2009) ensina também que antes da Constituição Federal de 1988, em não havendo registro público, o casamento era equiparado ao concubinato e tinha os mesmos efeitos da sociedade de fato, instituída pela Súmula 380 do STF<sup>4</sup>.

---

4 Comprovada a existência de sociedade de fato entre os concubinos, é cabível a dissolução judicial com

Uma vez feito o devido registro público, os efeitos do casamento serão contados da data da sua celebração.

#### **3.1.4 Celebração e registro**

Em relação à parte histórica, Venosa (2008) inculca que em nenhum outro ato da vida são necessários tantos formalismos e solenidades como no casamento. O casamento solene é costume desde as civilizações mais remotas e permanece até hoje.

Segundo o autor, as solenidades do casamento, juntamente com a habilitação que o antecede, têm duas razões especiais de existência, quais sejam, de impedir que decisões tomadas às pressas levem os nubentes a praticar um ato do qual possam posteriormente se arrepender, fazendo dessa forma com que reflitam acerca do novo estado familiar no qual almejam ingressar. Além disso, as solenidades teriam ainda a função de manter a vitalidade da instituição e da família perante a sociedade que toma conhecimento das núpcias.

Não se pode negligenciar as lições de Lôbo (2009), consoante o qual a celebração é ato formal, público e solene, com manifestação de vontade dos contraentes, de forma livre e consciente. Além disso, são necessárias testemunhas e autoridade para a celebração.

Novamente lembrando Venosa (2008), tem-se que no casamento, o agente do Estado ou o juiz de casamento participa constantemente da solenidade, intervindo ativamente, tendo em vista ser ele o responsável por declarar que os nubentes passam a estar casados perante a lei. No entanto, em não havendo autoridade celebrante na ocasião, o ato será nulo, considerando que a presença dessa é um dos elementos de existência do casamento, assim como a livre vontade das partes e a diversidade de sexo dos contraentes.

### 3.1.5 Direitos e deveres dos cônjuges

A Constituição Federal de 1988 prevê, em seu art. 226, § 5º, que homem e mulher têm direitos iguais referentes à sociedade conjugal. Por sua vez, o Código Civil de 2002, em seu art. 1511, dispõe que o casamento estabelece comunhão plena de vida, com base na igualdade de direitos e deveres dos cônjuges.

Por outro lado, o art. 1566<sup>5</sup> do CC atribui deveres mais rigorosos aos cônjuges do que aos companheiros. Aqueles que vivem em união estável não devem, fidelidade recíproca e não precisam manter uma vida em comum, no mesmo domicílio conjugal.

### 3.2 Morte de um dos cônjuges

A partir do art. 1571 do Código Civil de 2002, são elencadas as causas da dissolução da sociedade conjugal e do vínculo matrimonial. Nesse aspecto o Código se assemelha com a Lei do Divórcio de 1977.

Mesmo havendo a dissolução do casamento, alguns direitos poderão permanecer, como no caso do uso do nome de casado, da sucessão legítima e dos alimentos.

A morte de um dos cônjuges extingue não apenas a sociedade conjugal, mas também o vínculo matrimonial. O cônjuge sobrevivente passa a ter estado civil de viúvo.

Anteriormente à Lei do Divórcio, apenas a morte dissolvia o casamento, tendo em vista que o desquite não gerava tal efeito.

A morte não extingue a afinidade do cônjuge sobrevivente em linha reta, permanecendo ele impedido de casar-se com seus afins. Além disso, o viúvo ou viúva

---

<sup>5</sup> Art. 1.566. São deveres de ambos os cônjuges:

- I - fidelidade recíproca;
- II - vida em comum, no domicílio conjugal;
- III - mútua assistência;
- IV - sustento, guarda e educação dos filhos;
- V - respeito e consideração mútuos.

são herdeiros necessários (art. 1845) e têm direito real de habitação no imóvel pertencente ao casal, sem prejuízo de sua herança (art. 1831)<sup>6</sup>.

Segundo Rizzardo (2005), esse fator de dissolução não traz maiores dificuldades, por ser natural e não poder se imputar a responsabilidade a qualquer dos cônjuges. A princípio desaparecem os efeitos do casamento, como direitos e deveres dos cônjuges.

Ao cônjuge sobrevivente é facultado permanecer com o patronímico do falecido. No entanto, se tiver intenção de contrair novo matrimônio, deverá dar em inventário os bens deixados pelo cônjuge falecido, aos filhos frutos desse relacionamento anterior.

### **3.3 A separação judicial ou extrajudicial**

A separação judicial ou extrajudicial (prevista na Lei nº 11.441/2007) é uma modalidade de término do casamento.

Duas são as espécies de separação: por mútuo consentimento (judicial ou extrajudicial), ou seja, pela vontade de ambos os cônjuges, ou litigiosa (que será judicial), por iniciativa de apenas um deles. Ambas as espécies produzem idênticos efeitos.

Mesmo que ambos os cônjuges tenham o desejo de romper o vínculo matrimonial, somente poderão fazê-lo depois de transcorrido o lapso temporal mínimo exigido pela lei, qual seja, de um ano, no caso da separação consensual. Acerca desse período determinado pelo legislador, Dias e Pereira (2002) pensam que trata-se de verdadeira imposição, assemelhando-se a um estágio probatório, durante o qual a

---

<sup>6</sup> Art. 1.831. Ao cônjuge sobrevivente, qualquer que seja o regime de bens, será assegurado, sem prejuízo da participação que lhe caiba na herança, o direito real de habitação relativamente ao imóvel destinado à residência da família, desde que seja o único daquela natureza a inventariar.  
Art. 1.845. São herdeiros necessários os descendentes, os ascendentes e os cônjuges.

vontade dos cônjuges não tem maior relevo. Denominam o prazo de um ano de prazo de purgação.

Segundo Dias e Pereira (2002), ainda que sejam institutos distintos, a separação e o divórcio devem ser estudados conjuntamente. A legislação determinou que somente a morte e o divórcio dissolvem o casamento. A separação, por sua vez, acaba com a sociedade conjugal, sem a dissolver o vínculo do casamento. Anota-se:

Dizer que a sociedade conjugal termina pela morte, pelo divórcio e pela separação, mas que o casamento só se 'dissolve' pela morte ou pelo divórcio causa, no mínimo, uma certa perplexidade [...] A tentativa não muito feliz de estabelecer a distinção entre separação e divórcio, por si só, seria suficiente para evidenciar a total inutilidade e dispensabilidade da manutenção de uma dupla via para pôr termo ao casamento (Dias e Pereira, 2002, p. 70).

Tem-se, pois, que separação dissolve a sociedade conjugal, o que significa a manutenção do vínculo. O casal que se encontra com o relacionamento conflituoso vislumbra, na separação, um meio de se cingirem e repensar a respectiva situação fática. O efeito do rompimento é mitigado em relação ao divórcio, possibilitando aos cônjuges, superada a crise, possam a qualquer tempo retomar o casamento. Tal não acontece com o divórcio, pois, se o casal quiser restabelecer a relação, formalmente, apenas o poderá fazê-lo através de novo casamento.

Lôbo ((2007), explica a separação extrajudicial, ao dizer que, “atendendo ao reclamo da comunidade jurídica brasileira, e da própria sociedade, para desjudicialização das separações conjugais quando não houvesse litígio, a Lei 11.441/2007 introduziu a possibilidade de o divórcio ou a separação consensuais serem feitos pela via administrativa, mediante escritura pública. Os requisitos para o exercício da faculdade legal, além do consenso sobre todas as questões emergentes da separação, são: a) a inexistência de filhos menores ou incapazes do casal; b) a escritura pública lavrada por tabelião de notas; c) a observância do prazo de um ano da celebração do casamento para a separação, ou do prazo de dois anos de separação de fato para o divórcio; e) assistência de advogado.”

### 3.3.1 Separação por mútuo consentimento ou consensual

A separação requerida por ambos os cônjuges pode ser denominada consensual, por mútuo consentimento ou ainda separação amigável. Nesse procedimento, ambos os cônjuges buscam a decretação da separação e homologação do acordo acerca das regras que a regulamentam, na esfera judicial. Ou, apenas, podem estabelecer a separação e as cláusulas que a regem, na esfera extrajudicial, mediante escritura pública, se não houver filhos menores ou incapazes.

Também para a separação consensual, é necessário o decurso de, no mínimo, um ano a contar do casamento. Nesse sentido, destaca Gonçalves (2005) que:

A vantagem dessa modalidade é que os separandos não precisam declinar a causa, o motivo da separação. O *único requisito* exigido, havendo consendo mútuo, é estarem os nubentes casados há mais de um ano. Imprescindível, pois, a anexação à inicial da certidão de casamento. O novo diploma limitou-se a reduzir o prazo para a obtenção de separação consensual, que no art. 4º da Lei do Divórcio era de dois anos (Gonçalves, 2005, p. 197).

Gonçalves (2005) destaca que essa modalidade de separação é, no âmbito processual, de jurisdição voluntária, em que o juiz administra interesses privados. Além das cláusulas obrigatórias, pode o acordo de separação apresentar outras deliberações das partes, tendo em vista a autonomia de vontade, contanto que não ofendam a ordem pública, a moral e os bons costumes.

Barbosa (2008) ressalta que a petição inicial de separação consensual deverá ser acompanhada da certidão de casamento, que comprove a sua realização há mais de um ano, além do pacto antenupcial, se houver, a fim de comprovar o regime de bens escolhido pelos nubentes. Além disso, poderão estar descritos os bens do casal e como será feita a partilha, bem como o acordo relativo à guarda e visitas (exercício do direito de convivência) dos filhos menores e o valor a ser pago a título de alimentos entre os ex-cônjuges e para os filhos.

Posteriormente, a petição será apresentada ao juiz, que ouvirá as partes, verificando se manifestam livremente sua vontade. Se se convencer disso, o magistrado

reduzirá a termo as declarações, ouvirá o Ministério Público e, por fim, homologará o acordo.

O incomparável Mestre Caio Mário (2004), leciona que a petição de separação consensual deverá ser assinada por ambos os cônjuges, com o devido reconhecimento de firma feito por tabelião competente. Destaca ainda que essa modalidade de separação não é arbítrio dos cônjuges, e sim ato jurídico complexo, onde a vontade das partes somente produz efeito liberatório quando houver a aprovação judicial.

Acerca desse tema, Dias e Pereira (2002) entendem ser:

[...] nítido o caráter punitivo de tal restrição. Será a determinação de um período de reflexão? Ou não se admite que o amor possa ter acabado antes desse prazo? Afinal, qual a legitimidade do Estado em se opor à vontade de pessoas maiores, capazes e no pleno exercício de seus direitos? Dizer que é para preservar os sagrados laços do matrimônio? Mas, o casamento não mais existe! Se livremente casaram, por que não dispõem da mesma liberdade para pôr fim ao casamento? Portanto, no que a lei chama de separação consensual, o 'consenso' não é respeitado nem é tão livre assim a vontade das partes (Dias e Pereira, 2002, p. 75).

Além da separação consensual, mister entender-se as demais modalidades.

### 3.3.2 A separação litigiosa - modalidades

A separação judicial litigiosa possui quatro modalidades. Segundo Pereira (2007), ela pode ser classificada em: separação falência, separação remédio, separação com causa culposa (separação sanção) e separação em razão do desamor.

Segundo Petry Junior (2007), a separação falência ocorre quando há a ruptura da vida conjugal há mais de um ano, ou seja, quando já ocorreu a separação de fato dos cônjuges. Essa modalidade de separação exige a impossibilidade de reconstituição do casamento.

Segundo Diniz (2002), na separação falência não é necessária a menção de culpa de um dos cônjuges, não importando a razão da ruptura da relação.



Já a separação remédio é possível quando, após o casamento, um dos cônjuges manifestar doença mental grave, durante dois anos ou mais, sem que se vislumbre a possibilidade de cura, fazendo dessa forma, que seja impossível a manutenção do casamento.

Reiterando Petry Junior (2007), nessa modalidade de separação, deve o cônjuge autor da ação de separação provar a insanidade mental do outro, mediante laudo médico fornecido por profissional competente da área. Se, no entanto a doença se manifestou antes do casamento, essa separação não poderá ser classificada como separação remédio. Não cabe discussão acerca da culpa.

A separação com causa culposa exige a presença e a comprovação da culpa. O art. 1572<sup>7</sup> do CC prevê a separação com causa culposa, a qual exige, segundo Petry Junior (2007), a insuportabilidade da vida em comum e a violação de deveres do casamento. Por sua vez, o art. 1573 do mesmo código elenca o rol de situações que impossibilitam a vida em comum e que podem ensejar a culpa.

O rol expresso no art. 1573<sup>8</sup> especificou quais os fatos aptos a caracterizar a impossibilidade da comunhão plena de vida. Gonçalves (2005) entende que este rol é

<sup>7</sup> Art. 1.572. Qualquer dos cônjuges poderá propor a ação de separação judicial, imputando ao outro qualquer ato que importe grave violação dos deveres do casamento e torne insuportável a vida em comum.

§ 1º A separação judicial pode também ser pedida se um dos cônjuges provar ruptura da vida em comum há mais de um ano e a impossibilidade de sua reconstituição.

§ 2º O cônjuge pode ainda pedir a separação judicial quando o outro estiver acometido de doença mental grave, manifestada após o casamento, que torne impossível a continuação da vida em comum, desde que, após uma duração de dois anos, a enfermidade tenha sido reconhecida de cura improvável.

§ 3º No caso do parágrafo 2º, reverterão ao cônjuge enfermo, que não houver pedido a separação judicial, os remanescentes dos bens que levou para o casamento, e se o regime dos bens adotado o permitir, a meação dos adquiridos na constância da sociedade conjugal.

<sup>8</sup> Art. 1.573. Podem caracterizar a impossibilidade da comunhão de vida a ocorrência de algum dos seguintes motivos:

I - adultério;

II - tentativa de morte;

III - sevícia ou injúria grave;

IV - abandono voluntário do lar conjugal, durante um ano contínuo;

V - condenação por crime infamante;

VI - conduta desonrosa.

Parágrafo único. O juiz poderá considerar outros fatos que tornem evidente a impossibilidade da vida em comum.



meramente exemplificativo, pois a seguir a legislação permite que o juiz considere outros fatos que evidenciem a impossibilidade da vida em comum (parágrafo único do referido artigo), o qual permite, então, a separação litigiosa pelo fato de não mais existir o afeto necessário para a manutenção da vivência marital.

A noção de culpa e de um culpado não se harmoniza com o desfazimento de uma sociedade conjugal. O Juiz deve perquirir, de forma objetiva, que realmente se configurou o fracasso da sociedade conjugal e não necessariamente o aspecto subjetivo. Isto não quer dizer que deva ser deixado completamente de lado a observância e valoração da conduta de cada um dos cônjuges, mormente quando se tratar de assuntos ligados aos filhos, mas não é o ponto forte para o acolhimento do pedido de separação ou divórcio, que reside na ausência da *affectio maritalis*.

Os fatos que podem impossibilitar a comunhão de vida no casamento são: adultério, tentativa de morte, sevícia, injúria grave e abandono voluntário do lar por dois anos contínuos. Tais atos previstos pela legislação caracterizam-se, segundo Barbosa (2008), como grave violação dos deveres do casamento, o que evidencia a impossibilidade de comunhão de vida, situações que não precisam ser demonstradas pelo autor da ação e ensejariam o reconhecimento de culpa, do cônjuge requerido.

O adultério é o desrespeito à fidelidade recíproca, prevista no art. 1566 do Código Civil. Ele se configura pela conjunção carnal entre duas pessoas de sexo oposto, geralmente praticado às escondidas. De acordo com Gonçalves (2005), trata-se da mais grave das faltas, pois de além de representar ofensa moral ao cônjuge, coloca em risco a legitimidade dos filhos.

Já o abandono voluntário do lar é o desrespeito ao dever de coabitação que obriga os cônjuges. Gonçalves (2005) destaca que para que essa modalidade de causa ocorra, é necessário que aconteça a saída do domicílio conjugal, a voluntariedade, a ausência de consentimento do outro cônjuge e a intenção de não retornar. O abandono se caracteriza com o lapso de mais de um ano.

---

Segundo Dias e Pereira (2002), a separação será nomeada litigiosa quando intentada por apenas um dos cônjuges, contra o outro, mediante justificativa do autor em relação ao seu pedido, imputando “culpa” pela separação ou ainda o decurso de um ano da separação efetiva dos cônjuges. Para que um dos cônjuges possa pedir a separação sem que haja transcorrido o prazo de um ano a contar do casamento, precisa o autor alegar conduta desonrosa ou a prática de qualquer ato que importe grave violação dos deveres do casamento. Segundo os autores, a separação judicial litigiosa (com ou sem o reconhecimento de culpa) foi útil para possibilitar e facilitar a aprovação da Lei do Divórcio, não mais sendo justificável sua existência.

Venosa (2008) destaca que a separação judicial dissolve a sociedade conjugal sem desfazer o vínculo, desaparecendo diversos efeitos do casamento e outros sendo modificados.

Dias e Pereira (2002) entendem que, além de dispensável como modalidade de término do casamento, a separação judicial representa um profundo conservadorismo não mais justificável, especialmente em razão do alargamento que os novos conceitos de vínculos afetivos impuseram às relações interpessoais.

Venosa (2008) segue esse entendimento, ao afirmar que, passados tantos anos da introdução do divórcio, não mais se sustenta a dicotomia separação e divórcio, destacando que:

A separação judicial, não rompendo completamente o vínculo matrimonial, é um passo antecedente para que isso ocorra posteriormente, com sua conversão em divórcio, a qual, todavia, não é medida antecedente obrigatória. A posição conservadora do legislador mantém as duas formas, separação e divórcio, como examinamos. Nada impede que no futuro se opte na esfera legislativa exclusivamente pelo divórcio, sem o passo antecedente da separação ou desquite, que na grade maioria das vezes se mostra desnecessário (Venosa, 2008, p. 156).

O autor sugere que seja suprimida definitivamente a separação, permitindo aos cônjuges que recorram diretamente ao divórcio, o que já está em votação no Congresso Nacional.

### 3.4 Divórcio

O término do casamento, ou a sua indissolubilidade não é regra na História, mas existia em povos primitivos.

Caio Mário (2004) ensina que civilizações antigas previam o divórcio, como é o caso dos hebreus, previsão correspondente no Antigo Testamento; do Código de Hamurabi e também no povo grego e romano. O cristianismo combateu fortemente o divórcio, mas somente com o Concílio de Trento a Igreja consolidou sua posição, repelindo definitivamente o divórcio e considerando o matrimônio sagrado e indissolúvel.

No Direito brasileiro, mais precisamente no Império, prevalecia o entendimento da Igreja Católica acerca do casamento e do divórcio.

Os institutos do casamento e do divórcio estão intimamente ligados:

[...] Os povos da Antiguidade, babilônicos, egípcios, hebreus admitiam o divórcio com maior ou menor extensão. No Direito Romano, o casamento dissolvia-se pela morte de um dos cônjuges, pela perda da capacidade e pela perda da  *affectio maritalis*. Desse modo, a perda da afeição matrimonial era, mais do que um conceito de separação, uma consequência do casamento romano (Venosa, 2008, p. 151).

Com o crescimento do cristianismo institui-se uma maior dificuldade na separação e no divórcio. A partir do século XII a doutrina sobre a indissolubilidade do vínculo conjugal torna-se mais forte.

Com o passar dos anos, foram vistas mudanças significativas no Brasil como o advento do desquite, em seguida com a Lei do Divórcio e posteriormente com a chegada da Constituição Federal de 1988 e o Código Civil de 2002.

Venosa (2008) destaca que, tanto a separação como o divórcio devem traduzir um remédio ou uma solução para o casal e para a família e não uma sanção para o conflito existente, tendo como finalidade evitar maiores danos aos integrantes do grupo familiar, especialmente aos filhos menores.

Segundo tal autor (2008), a lei incentiva o divórcio ou a separação de forma consensual e não aquele mediante sanção.

O mútuo consentimento para o divórcio e a separação dá margem para resolução daquelas situações nas quais os cônjuges têm plena consciência do caminho a seguir e das conseqüências do ato para eles e para os filhos. Com isso, afasta-se da separação ou divórcio, por si só traumática, como em todo rompimento, a noção de culpa ou ilicitude, apartando-se da ideia de que a separação do casal pressupõe sempre a quebra ou o fracasso irremediável de um matrimônio por culpa de apenas um dos cônjuges.

Ao analisar um ato culpável, na esfera matrimonial, é importante que se tenha em mente a existência de amplo subjetivismo do órgão julgador, o que pode ensejar incerteza quanto às causas da separação ou do divórcio. A bem da verdade, é importante referir que a análise da culpa de um dos cônjuges é própria da separação litigiosa e não do divórcio, que exige, para sua decretação, a decorrência do lapso temporal (dois anos de separação de fato).

Venosa (2008) entende que deve ser evitada essa intromissão judicial na vida privada dos cônjuges, numa época em que se procura preservar a intimidade a qualquer custo. O autor entende que uma ação judicial no campo do Direito de Família, e em especial na separação ou no divórcio sempre será trágica, pois acaba por envolver tanto os cônjuges como os filhos.

## **4 A (IM)POSSIBILIDADE DA ARGÜIÇÃO DE CULPA COMO CAUSA NA SEPARAÇÃO JUDICIAL E NO DIVÓRCIO**

Ampla é a discussão quando o assunto é a culpa na separação judicial. Parece estranha a possibilidade que dá o Código Civil de 2002 de manter o instituto da culpa, apesar de suas transformações em relação ao seu antecessor. O Código revogado enumerava um vasto rol de oportunidades nas quais poderia ser arguida a culpa.

Neste capítulo serão explicitados os entendimentos tanto da doutrina como da jurisprudência acerca da culpa em se tratando de separação litigiosa, apresentando especialmente as críticas e pontos relevantes dessa discussão.

### **4.1 O pensamento doutrinário dominante**

Os doutrinadores brasileiros, em sua maioria, andam à frente da legislação, pois vislumbram exceções, possibilidades não cogitadas pelos legisladores, através da referência a situações fáticas. Seguindo esse pensamento, é fácil concluir que as críticas às lentas mudanças no ordenamento jurídico são constantes.

Há, no entanto, divergência quando se trata de culpa na separação. Alguns doutrinadores entendem que o Código Civil de 2002 pecou ao elencar as razões que

ensejam a menção da culpa na separação, uma vez que, no entendimento deles, tendo em vista o contexto e as características da sociedade suas relações afetivas, não seria necessário o cônjuge descontente arguir a culpa, uma vez que a relação afetiva estaria já desfeita.

Bastaria, tão somente, a vontade de romper os vínculos existentes, seja o casamento ou a união estável, para assim acabar com a relação, sem maiores especificações.

Caio Mário (2004) destaca que, no que diz respeito ao divórcio, o legislador apenas impôs a condição tempo para que esse se configurasse. Ou seja, decorrido o prazo legal, sendo ele antecedido pela separação ou não, o divórcio é possível sem maiores detalhamentos.

Já em relação à separação, a legislação de 2002 preocupou-se em especificar nos artigos 1572 e 1573 as inúmeras situações que representam a busca pela culpa. Caio Mário (2004) lembra que o Direito brasileiro sempre estabeleceu sanções ao cônjuge culpado, como, por exemplo a obrigação de prestar alimentos, a perda da guarda dos filhos, a perda do direito de usar o nome do outro cônjuge. Nesse sentido, o autor ressalta que a própria Constituição prevê que são invioláveis a vida privada, a honra e a imagem das pessoas.

A crítica principal se dá em razão da dignidade da pessoa humana e da desnecessidade de trazer à tona os motivos que causaram a ruptura da relação, expondo a vida particular das partes.

Em contrapartida, há aqueles doutrinadores que apenas analisam a questão da culpa, da forma como essa é abordada no Código Civil, ou seja, a fim de possibilitar a sua arguição quando há um motivo para tal, um fim específico.

Dias (2006) é clara ao dizer que:

Em termos nacionais, a doutrina e a jurisprudência, largamente dominantes, continuam a trabalhar com a culpa, inclusive para efeitos alimentares e para a ruptura da união estável. Seria difícil que fosse de outra maneira, pois o novo Código Civil prossegue prevendo a culpa, tanto como causa de separação

judicial litigiosa sanção (art. 1572, “caput”), como em termos fator capaz de provocar redução dos alimentos (art. 1694, parágrafo 2º e 1704, parágrafo único), e, ainda, como determinante da perda do direito de usar o nome (art. 1578, “caput”). A culpa não mais atua é no equacionamento da guarda dos filhos (art. 1583 a 1590).

Autores como Madaleno (2004), aprofundam a análise feita à legislação em detrimento da realidade fática, fazendo um apanhado de toda a questão pessoal e privada que é mostrada no momento da separação com arguição de culpa. Como consta a seguir, o autor se posiciona dessa forma acerca do tema:

Na contramão da lúcida jurisprudência, resgata o novo Código Civil a plenitude do exame da culpa pela quebra do casamento, mantendo viva a relação de débito e crédito, de certo e errado, do bem e do mal e a irredutível angústia do perdão [...] concede uma importância aparente à separação sustentada em culpas, semeando inúteis discórdias conjugais, para prevalecerem critérios objetivos de resolução processual (Madaleno, 2004, p. 55)

Como explicitado, entende o autor, assim como muitos outros, que o Código Civil manteve uma posição indevida, ao seguir fiel àquele princípio considerado por eles arcaico, como o da demonstração da culpa na separação judicial, fazendo com que continuem sendo dramatizadas as rupturas dos vínculos afetivos. Nesse sentido, Venosa (2008) afirma que:

[...] o Código de 2002 representou, nesse aspecto, um injustificável e odioso retrocesso. Parece que o legislador do país não se contenta em dar passos à frente, pois lhe apraz também voltar ao passado. De há muito estão de acordo os juristas que as causas da separação, sob a forma de sanção, devem ser genéricas e representar o mínimo possível uma tipificação estrita. Era essa a linha definida, como vimos, na Lei nº 6.515. No entanto, o Código de 2002 volta atrás e reintroduz o sistema do Código Civil de 1916, com o elenco de causas que podem caracterizar a impossibilidade de comunhão (Venosa, 2008, p. 181).

Essa linha do pensamento doutrinário vai ainda mais além, ao acreditar que o princípio que deveria imperar é o da dignidade da pessoa humana, onde a simples vontade de separação comprova que não há mais condições de convivência entre os cônjuges ou companheiros, sem precisar desvelar aspectos pessoais do convívio familiar.

Dias (2006) afirma que, como penalidades impostas ao culpado pela separação, estava a relativização do direito aos alimentos, o qual ficaria restrito ao indispensável para a subsistência, e a não possibilidade de usar o sobrenome do outro cônjuge. E



ainda que não houvesse culpa a ser imputada, aquele que tomasse a iniciativa da separação, sujeitava-se a essas penalidades.

A autora considera retrógrada a manutenção, no novo Código Civil, da necessidade de identificar um culpado pela separação e ainda o fato de outorgar a legitimidade desse pedido a quem não deu causa. Nesse sentido, destaca que a lei criou verdadeira 'reserva de mercado' em favor do inocente, habilitando-o com exclusividade para buscar a separação e obter benefícios em proveito próprio, além de impor punições ao outro.

A arguição de culpa na separação vem perdendo prestígio no panorama legal da maioria dos países desenvolvidos. Essa não-identificação de um culpado pela separação ocorre porque é difícil responsabilizar apenas um dos cônjuges pelo insucesso da relação matrimonial.

Venosa (2008) salienta que todo o artigo 1573 do Código de 2002 mostra-se inútil, não só porque a matéria estava solidificada na doutrina e na jurisprudência dos últimos anos, como também porque permite que o juiz considere outros fatos que tornem evidente a impossibilidade de vida em comum dos cônjuges. Entende que histórica e socialmente não se justifica a permanência desse dispositivo, pois, dessa forma, qualquer ato que implique violação do dever de fidelidade, mútua assistência e convivência poderá acarretar o pedido de separação, devendo o requerente comprovar que tal ato tornou a vida em comum insuportável. Poder-se-ia afirmar que, na maioria das vezes, o desamor é o fundamento das condutas elencadas nos incisos do art. 1573.

Madaleno (2004) critica a legislação, ao afirmar que:

[...] tanto no catálogo da legislação separatista do novo Código Civil não cabem dissoluções unilaterais, ou pela intolerância de ideias, fracasso no diálogo, ausência de afeição e insuportabilidade da vida mútua, pois ao contrário de países com legislação familista mais adiantada, ficou mantido o exame judicial da causa na separação, salvo que se dê e assim deve ser realmente entendido, maior mobilidade judicial às razões subjetivas da separação, como permite em verdade o parágrafo único do artigo 1573, combinado com o artigo 1511, que abre o livro do Direito de Família no atual Código Civil, reputando como condição de conjugalidade a existência de *comunhão plena de vida* (Madaleno, 2004, p. 55).

Dias (2006) entende que é absolutamente indevida a intromissão na intimidade



das relações afetivas das pessoas. E é por isso que a jurisprudência despreza tal entendimento.

Se um dos cânones maiores das garantias individuais é o direito à privacidade e à intimidade, constitui violação do sagrado direito de respeito à dignidade da pessoa humana a ingerência do Estado na vida dos cônjuges, obrigando um a revelar a intimidade dos outro, para que de forma estéril e desnecessária, imponha o juiz a pecha de culpado ao réu (Dias, 2006, p. 79).

Por fim, em se admitindo a incidência da culpa para a decretação da separação litigiosa, ter-se-ia que a ausência de prova da culpa acarretaria a improcedência da ação, o que é inadmissível. Como diz Elizabeth Badinter citada por Malheiros Filho (1998), a unidade procurada é muito mais exigente do que antes, por isso há tanta dificuldade em realiza-la e fazê-la durar. A quantidade e a intensidade da relação, a indiferença, as falhas ou conflitos, fazem explodir a unidade, e põem em jogo a sobrevivência do casal. Nesse sentido, a autora questiona o porquê de continuar a dois se não se é mais um. E entende que basta que os corações cessem de comunicar, que o silêncio se instale, e o casal se dissolve, por falta de razão de ser.

Afinal, não teria como se manter juntos aqueles que, na vivência diária, já se separaram.

#### 4.2 O entendimento jurisprudencial

O Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul vem reagindo contra a manutenção do Código Civil de 2002 em apurar a culpa. É esse mesmo Tribunal que se destaca em termos nacionais nesta matéria, uma vez que acompanha o entendimento da maior parte da doutrina gaúcha, como mostrado anteriormente.

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE SEPARAÇÃO JUDICIAL. SEPARAÇÃO DE FATO. PARTILHA DE BENS. **RECONHECIMENTO DA CULPA AFÁSTADA. IRRELEVÂNCIA PARA O DESLINDE DA DEMANDA.** A aquisição de bens depois da separação de fato não enseja comunicabilidade. A orientação da jurisprudência gaúcha é no sentido da irrelevância da aferição da culpa quando da separação judicial, uma vez que a eventual infração cometida por um dos cônjuges decorre da natural deteriorização da relação conjugal. Com o objetivo de se afastar qualquer prejuízo aos litigantes tendo em vista que os bens móveis sujeitam-se a eventuais valorizações e depreciações indicadas pelo mercado, deverá ser realizada a partilha igualitária dos bens em liquidação de sentença. APELO PARCIALMENTE PROVIDO (Apelação Cível Nº

70023366065, Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Claudir Fidelis Faccenda, Julgado em 12/06/2008).

SEPARAÇÃO JUDICIAL LITIGIOSA. CULPA. Já se encontra sedimentado o entendimento de que a caracterização da culpa na separação mostra-se descabida, porquanto seu reconhecimento não implica em nenhuma seqüela de ordem prática. Precedentes desta Corte. ALIMENTOS. Não faz jus a alimentos a mulher que tem qualificação profissional, está inserida no mercado de trabalho há mais de vinte anos e ainda dispõe de condições de incrementar sua renda mensal, tendo em vista o reduzido horários de trabalho e apenas quatro horas diárias. PARTILHA DE BENS. Indevida a determinação de partilha de bens na razão de 50% para cada um dos consortes sem que antes seja realizada a avaliação do patrimônio e oportunizada às partes a formulação de pedido de quinhão. Deve-se evitar ao máximo o indesejado condomínio. Apelo parcialmente provido. Divórcio decretado (Apelação Cível Nº 70021725817, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Maria Berenice Dias, Julgado em 23/04/2008).

SEPARAÇÃO JUDICIAL. ALIMENTOS PROVISÓRIOS. ADEQUAÇÃO DO QUANTUM. PROVA. **DESCABIMENTO DO EXAME DA CULPA PELO TÉRMINO DO CASAMENTO.** 1. Somente podem ser objeto de exame as questões apreciadas na decisão recorrida. 2. Não havendo prova segura de que o alimentante tem receita proveniente de imóvel pertencente ao casal, ou que seus ganhos são superiores ao que alega, descabe estabelecer a majoração do encargo alimentar provisório. 3. Descabe discutir a culpa pela ruptura da vida conjugal quando dela não resultar seqüelas jurídicas para as partes. Recurso conhecido em parte e provido (Agravo de Instrumento Nº 70017770819, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves, Julgado em 28/02/2007).

apelação cível. ação de separação litigiosa cumulada com partilha DE BENS e alimentos. PRELIMINAR DE CERCEAMENTO DE DEFESA **REJEITADA.CULPA PELA SEPARAÇÃO.** Não se perquire acerca da culpa na separação judicial, porque tal questão não traz nenhum reflexo econômico e/ou patrimonial às partes.PARTILHA DE BENS. estando as partes casadas sob o regime da comunhão universal de bens, por pacto antenupcial firmado por escritura pública, integram a partilha todos os bens presentes (já existentes) e futuros de cada cônjuge à época do casamento, como estabelece o art. 1.667, do CCB. ALIMENTOS E EX-CÔNJUGES. A fixação da verba alimentar entre ex-cônjuges está lastreada no dever de solidariedade imposta pelo casamento, e tem por base o binômio necessidade/possibilidade. No caso, em se tratando de ex-esposa que nunca exerceu atividade remunerada no período que durou o casamento e, agora, com sérios problemas de saúde, sem condições de exercer qualquer atividade remunerada, necessitando da verba alimentar para sobreviver, impõe-se manter a decisão recorrida (Apelação Cível n.º 70025021874, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Ricardo Raupp Ruschel, Julgado em 15 de abril de 2009).

AGRAVO INTERNO. SEPARAÇÃO JUDICIAL LITIGIOSA. AVERIGÜAÇÃO DA CULPA. **DESNECESSIDADE.**

Descabe o debate pretendido pelo agravante de investigar quem foi o culpado pelo desenlace do casamento. Incidência do entendimento jurisprudencial harmônica a respeito do tema. Decisão monocrática confirmada (Agravo Interno n.º 700228356954, Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: José Trindade, Julgado em 12 de março de 2009).

Ao que se percebe, da análise dos julgados transcritos, a arguição da culpa como causa da separação perde vez no atual cenário jurídico brasileiro, por não conduzir em seu cerne qualquer reflexo no deslinde da demanda, sobretudo no âmbito patrimonial, que constitui uma das razões de ser do Direito Civil.

A discussão da matéria no Supremo Tribunal Federal e no Superior Tribunal de Justiça restringe-se ao período anterior a entrada em vigência do Código Civil de 2002. Tal circunstância, denota a iteratividade do entendimento jurisprudencial a partir da promulgação do citado *codex*.

## 5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Fato notório que as relações interpessoais, sobretudo no âmbito afetivo, são cada vez mais complexas. A sociedade, que outrora atribuía ao homem o poder familiar, modo absoluto, vê atualmente, guindado ao *status* de direito fundamental, o princípio da igualdade entre pessoas de sexos distintos. A prevalência incontestável e irrestrita do varão no âmbito familiar (ao menos é o que se pretende atingir), restringe-se a dados históricos quando se reporta à evolução, inclusive legislativa, da humanidade.

Tal evolução, acompanhada da igualdade sob a ótica formal e material, conduziu à necessidade de se franquear a possibilidade de ruptura dos vínculos matrimoniais, em especial após a entrada em vigência do Código Civil de 2002, que acabaram por se tornar comuns, sequer chegando a serem considerados conduta ou procedimento desairoso perante os olhos da sociedade, como ocorria em tempos idos. Vislumbrava-se, então, o fim da perpetuidade do matrimônio, que inclusive não mais constituía a exclusiva forma de constituição do núcleo familiar. Prova disso são os procedimentos de dissolução do vínculo conjugal trazidos neste estudo.

A mácula ficaria, entretanto, nos integrantes do vínculo familiar dissolvido, mormente nos filhos frutos da relação, bem como nas relações patrimoniais oriundas desta. O instituto familiar, então, que possuía a finalidade (histórica) de inserir no indivíduo diretrizes comportamentais para o convívio social e, quiçá, constituir vínculos

patrimoniais, fragilizar-se-ia, necessitando de uma maneira de dificultar a mencionada dissolução.

Surge, então, o instituto da culpa como causa à separação judicial. Em tempos pretéritos, tendo como base o Código Civil de 1916. Com o passar dos anos e a conseqüente mudança das características da sociedade, com toda uma mudança de comportamento, a legislação ficava aquém da tutela pretendida pela sociedade e ansiada pelos doutrinadores e operadores do Direito.

Assim, surge a Lei do Divórcio, o Estatuto da Mulher Casada e com grande enfoque, a Constituição Federal de 1988, que apresentou as maiores e mais significativas transformações no ordenamento jurídico pátrio.

No entanto, apesar de a Constituição instituir diversos princípios que se correlacionam com o Direito da Família, como o princípio da dignidade da pessoa humana, da afetividade, dentre outros, o Código Civil de 2002 surpreendeu àqueles que ansiavam por mudanças e a devida adequação deste à Constituição Cidadã, mantendo o instituto da culpa.

Tendo vista todo o exposto com relação aos avanços e transformações apresentadas pela sociedade e pelo próprio Direito, conclui-se que não cabe mais a arguição da culpa como causa da separação judicial, uma vez que tal menção não traz qualquer consequência jurídica relevante para as partes envolvidas na dissolução do vínculo conjugal, seja para os cônjuges ou para os filhos.

Ferindo um dos cônjuges alguma norma legal, seja na esfera penal ou civil, deverá responder oportunamente em ação devida e não na separação. Em termos práticos, se um dos cônjuges fere a moral do outro, por exemplo, praticando injúria, deverá responder criminalmente, mas tal fato é irrelevante para que se dissolva um vínculo que não mais existe, pela desunião, desamor ou pela falta de afeto.

Por fim, ressalta-se que não é necessário que nenhum dos cônjuges tenha culpa na separação, tenha cometido falta grave ou desrespeitado o outro para que qualquer união se desfaça. Assim como as pessoas contraem vínculos por livre e espontânea

manifestação de vontade, da mesma forma, pela livre vontade, podem também dissolver tal vínculo, sem maiores delongas e desgastes.



## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BARBOSA, Águida Arruda. Da Dissolução da Sociedade e do Vínculo Conjugal. *In* BARBOSA, Águida Arruda, e VIEIRA, Claudia Stein (Coord.) **Direito de Família**. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

BITTAR, Carlos Alberto. **Direito de Família**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1991.

BRASIL. **Constituição Federal**. LOPES, Maurício Antonio Ribeiro (Coord.), 6ª ed. ver. Atual., São Paulo, Revista dos Tribunais, 2001.

BRASIL. **Novo Código Civil Brasileiro: lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002: estudo comparativo com o código civil de 1916, Constituição Federal, legislação codificada e extravagante**, 3ª ed. ver. ampl., São Paulo, Revista dos Tribunais, 2003.

DELGADO, José Augusto. **Estatuto da mulher casada: efeitos da lei 4.121/62**. BDJur, Brasília, DF, 8 jan. 2008. Disponível em:  
<<http://bdjur.stj.gov.br/dspace/handle/2011/16157>.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

\_\_\_\_\_. **Manual de direito das famílias**. – 4. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

DINIZ, Maria Helena. **Dicionário jurídico**. São Paulo: Saraiva, 1998. p.133. v.2.

\_\_\_\_\_. **Curso de Direito Civil Brasileiro: Direito das Coisas.** 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

ENGELS, Friedrich. **A Origem da Família, da Propriedade Privada e do Estado.** Traduzido por Leandro Konder. 14. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 1997.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. **Direito civil: família.** São Paulo: Atlas, 2008.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. Separação de Fato e Ética no Direito de Família. In: PEIREIRA, Tânia da Silva; PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). **A Ética da Convivência Familiar e sua Efetividade no Cotidiano dos Tribunais.** Rio de Janeiro: Forense, 2006.

GOMES, Orlando. **Direito de Família.** Rio de Janeiro: Forense, 2002, p.17.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro, volume VI: Direito de Família.** São Paulo: Saraiva, 2005.

GRISARD FILHO, Waldyr. **Famílias reconstituídas: novas uniões depois da separação.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

GROENINGA, Giselle Câmara. Generalidades do Direito de Família. Evolução Histórica da Família e Formas Atuais de Constituição. In BARBOSA, Águida Arruda, e VIEIRA, Claudia Stein (Coord.) **Direito de Família.** – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

LÔBO, Paulo. **Famílias.** 2 .ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

\_\_\_\_\_. **Divórcio e separação consensuais e extrajudiciais.** 2007. Disponível em :[http://www.cnj.jus.br/index.php?option=com\\_content&view=article&id=2724:divo-e-separa-consensuais-extrajudiciais-&catid=74:artigos&Itemid=129](http://www.cnj.jus.br/index.php?option=com_content&view=article&id=2724:divo-e-separa-consensuais-extrajudiciais-&catid=74:artigos&Itemid=129)

MADALENO, Rolf. **Repensando o Direito de Família.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

\_\_\_\_\_. **Direito de Família em pauta.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

\_\_\_\_\_. O preço do Afeto. In: PEIREIRA, Tânia da Silva; PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). **A Ética da Convivência Familiar e sua Efetividade no Cotidiano dos Tribunais.** Rio de Janeiro: Forense, 2006.

MALHEIROS FILHO, Fernando. **União Estável.** 2. ed. Porto Alegre: Síntese, 1998.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil.** Rio de Janeiro: Forense, 2004.



PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Direito de Família: uma abordagem psicanalítica.** 2. ed. rev. atual. ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

PEREIRA, Sérgio Gischkow. **Direito de família: aspectos do casamento, sua eficácia, separação, divórcio, parentesco, filiação, regime de bens, alimentos, bem de família, união estável, tutela e curatela.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

PETRY JUNIOR, Henry. **Separação com Causa Culposa: uma leitura à luz da hermenêutica constitucional.** Florianópolis: Conceito Editorial, 2007.

RIZZARDO, Arnaldo. **Direito de Família: Lei nº 10.406, de 10.01.2002.** Rio de Janeiro: Forense, 2005.

\_\_\_\_\_. **Direito de família: Lei n. 10.406, de 10.01.2002.** Rio de Janeiro: Forense: 2007.

ROCHA, Silvio Luís Ferreira da. **Introdução ao Direito de Família.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil: Direito de Família.** 3. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

\_\_\_\_\_. **Direito Civil: Direito de Família.** 8. ed. São Paulo: Atlas, 2008.

WALD, Arnaldo. **O novo direito de Família.** 14.ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p.11.